

ANTONIA SOMMERFELD

AGB-Reform und Rechtsflucht

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

473

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann



Antonia Sommerfeld

AGB-Reform und Rechtsflucht

Bedeutung der Rechtsflucht
für die AGB-Reformdebatte
im unternehmerischen Rechtsverkehr

Mohr Siebeck

Antonia Sommerfeld, geboren 1991; Studium der Rechtswissenschaft in Hamburg und Aix-en-Provence (Frankreich); 2017–21 Wissenschaftliche Assistentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg; Forschungsaufenthalt an der University of Cambridge (Wolfson College); Lehraufträge an der Universität Hamburg und der China University of Political Science and Law, Peking (China); seit 2020 Juristischer Vorbereitungsdienst am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg.
orcid.org/0000-0002-9495-6032

ISBN 978-3-16-160652-6 / eISBN 978-3-16-160653-3
DOI 10.1628/978-3-16-160653-3

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441
(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist seit 11/2023 lizenziert unter der Lizenz ‚Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International‘ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis März 2021 berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater, Prof. Dr. Peter Mankowski, danke ich herzlichst für die Betreuung meiner Arbeit. Er hat die Arbeit inhaltlich wie menschlich sehr unterstützend begleitet und fand zu jeder Gelegenheit die richtigen Worte, um mich zu fordern und zu fördern. Fachlich und persönlich durfte ich sehr viel von ihm lernen. Mein Dank gilt auch meinem Zweitbetreuer und Zweitgutachter, Prof. Dr. Wolf-Georg Ringe, M.Jur. (Oxon), der mir ebenfalls jederzeit für Fragen mit einem offenen Ohr zur Verfügung stand. Bei beiden bedanke ich mich auch für die umfangreiche Erstellung der Gutachten binnen weniger Wochen. Darüber hinaus danke ich dem stellvertretenden Vorsitzenden der mündlichen Prüfung, Prof. Dr. Hinrich Julius, der mit großem Engagement und Interesse zum Prüfungsverfahren beigetragen hat.

Bei der FAZIT-STIFTUNG Gemeinnützige Verlagsgesellschaft mbH bedanke ich mich für die finanzielle Förderung und bei der Albrecht Mendelssohn Bartholdy Graduate School of Law für die ideelle Förderung.

Diese Arbeit wurde mit dem Förderpreis der Esche Schümann Commichau Stiftung ausgezeichnet, wofür ich mich ganz herzlich bedanke.

Mein Dank gilt außerdem den Direktoren des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, Prof. Dr. Ralf Michaels, LL.M. (Cambridge), Prof. Dr. Dr. h.c. Holger Fleischer, LL.M. (Univ. of Michigan), Dipl.-Kfm., und Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe.

Im Zusammenhang mit dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht gilt mein herzlicher Dank außerdem der Bibliotheksleitung Claudia Holland und ihrem gesamten Team für eine hervorragende Unterstützung hinsichtlich der Literatur- und Recherchemöglichkeiten sowie Dr. Christian Eckl und Janina Jentz, M.A., LL.M. (oec) für die hervorragende unterstützende redaktionelle Arbeit.

Des Weiteren bin ich folgenden Hochschuldozenten für ihre Begleitung durch Gespräche und sonstige Förderung dankbar: Prof. John Bell, Prof. Dr.

Dieter Martiny, Dr. Louise Merrett, Prof. Dr. Ralf Michaels, LL.M. (Cambridge), Prof. Dr. Mareike Schmidt, LL.M. (Tsinghua, China).

Ein besonderer Dank gilt meinen Kolleginnen und Kollegen für ihre Begleitung, Anregungen und Unterstützung. Hervorheben möchte ich Tess Chemnitzer, Dr. Konrad Duden, LL.M. (Cambridge), Lisa Eilts, Shéhérazade Elyazidi, Dr. Dörthe Engelcke, Biset Sena Güneş, Julia Harten, Dr. Elke Heinrich, Nils Klages, Lech Kopczyński, Dr. Matthias Pendl, Tomas Restrepo Rodriguez, Sophia Schulz, Dr. Christian Steger, Dr. Malte Stübinger, Julia Tittel, Christine Toman, Dr. Jennifer Trinks, LL.M. (Yale), und Dr. Denise Wiedemann, LL.M. (Lissabon).

Abschließend bedanke ich mich ganz herzlich bei meiner Familie, insbesondere bei Claudia und Klaus, die mir zu jeder Zeit eine sehr große menschliche Unterstützung und liebevolle Begleitung waren. Zutiefst dankbar für die unbeschreiblich wertvolle und liebevolle Unterstützung und Begleitung auf dem gesamten Weg bin ich außerdem Oliver. Herzlicher Dank gilt darüber hinaus aus meiner Familie Marie, Martin, Ilona und Nils, Gisela und Otmar und Irmgard. Für das hervorragende, hilfreiche und geduldige Korrekturlesen bedanke ich mich ganz herzlich bei Lisa und Klaus. Zuletzt gilt mein großer Dank für die herzliche und treue freundschaftliche Begleitung während der gesamten Zeit Marcella, Laura, Franziska, Lisa, Jessica, Carina, Mandy und Sabrina.

Hamburg, im März 2021

Antonia Sommerfeld

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einleitung.....	1
A. Anlass der Untersuchung.....	2
B. Gang und Methodik der Untersuchung	9
Kapitel 1 – Ausgangslage	11
A. Grenzen der §§ 305 ff. BGB für Haftungsbeschränkungs- klauseln in AGB in unternehmerischen Verträgen	13
B. Reformdiskussion um deutsches AGB-Recht	44
C. Zusammenfassung.....	83
Kapitel 2 – Kollisionsrechtliche Grenzen der Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in unternehmerischen Verträgen.....	85
A. Staatliche Gerichte	87
B. Schiedsgerichte	144
C. Fazit und Konsequenzen für die Reformfrage.....	181
Kapitel 3 – Einfluss des AGB-Rechts auf die Rechtswahl von Unternehmen in Handelsverträgen.....	185
A. Rechtswahl von Unternehmen anhand inhaltlicher Vorzüge des Vertragsrechts?.....	188

B.	Fülle an Anreizfaktoren.....	197
C.	Maßgeblichkeit des AGB-Rechts unter den Faktoren	221
D.	Zugrundeliegende Mechanismen der Rechtswahl von Unternehmen.....	233
E.	Mögliche Auswirkungen einer AGB-Reform auf die Attraktivität der deutschen Rechtsordnung	243
F.	Fazit zum Einfluss des AGB-Rechts auf die Rechtswahl und Konsequenzen für die Reformfrage	248

Kapitel 4 – AGB-Kontrolle der Haftungsbeschränkungs- klauseln in anderen Rechtsordnungen – Rechtsvergleich mit England, Schweiz und Frankreich

251

A.	Bevorzugte unternehmerische Wahl	252
B.	Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr im englischen Recht	258
C.	Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr im Schweizer Recht.....	299
D.	Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr im französischen Recht.....	337
E.	Fazit des Rechtsvergleichs und Konsequenzen für den Reformbedarf des deutschen AGB-Rechts.....	365

Kapitel 5 – Konsequenzen für Reformüberlegungen im deutschen AGB-Recht.....

367

A.	Ergebnisse der Analyse des Rechtsfluchtrisikos aufgrund des deutschen AGB-Rechts	367
B.	Handlungsbedarf des Staates?	370
C.	Sinnvolle Ansatzpunkte einer AGB-Reform im Lichte der Analyseergebnisse zum Rechtsfluchtargument	395
D.	Fazit zu Konsequenzen der Analyse zu Reformüberlegungen.....	424

Zusammenfassung und Schlussbetrachtung.....

425

A.	Zusammenfassung der Analyse des Rechtsfluchtargumentes.....	425
B.	Schlussfolgerungen für eine AGB-Reform	427

Literaturverzeichnis.....	429
Materialienverzeichnis	447
Rechtsprechungsverzeichnis.....	451
Sachverzeichnis.....	457

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einleitung.....	1
A. <i>Anlass der Untersuchung</i>	2
B. <i>Gang und Methodik der Untersuchung</i>	9
Kapitel 1 – Ausgangslage	11
A. <i>Grenzen der §§ 305 ff. BGB für Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB in unternehmerischen Verträgen</i>	13
I. Haftungsfreizeichnungsmöglichkeiten in Individualvereinbarungen im unternehmerischen Verkehr.....	15
II. Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle	15
1. Vorformulierte Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen, § 305 Abs. 1, S. 1 BGB	16
2. „Stellen“ von AGB, § 305 Abs. 1, S. 1 BGB.....	17
3. Voraussetzungen für ein „Aushandeln“, § 305 Abs. 1 S. 3 BGB.....	19
a) Inhaltlicher Maßstab des Aushandelns	19
b) Aktuelle BGH-Rechtsprechung zum „Aushandeln“	21
c) Erforderliches Ausmaß des Aushandelns	24
4. Konsequenz für Haftungsbeschränkungsklauseln für Unternehmen.....	26
III. Grenzen der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB für Haftungsbeschränkungsklauseln in unternehmerischen Verträgen	26
1. Maßstab der unangemessenen Benachteiligung des § 307 BGB	27

2.	Kein Haftungsausschluss in AGB für „Kardinalpflichten“	30
3.	Indizwirkung der Grenzen der § 309 Nr. 7 lit. a und lit. b BGB für Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Verkehr	31
	a) Indizwirkung.....	31
	b) Grenzen der § 309 Nr. 7 lit. a und b BGB für Haftungsbeschränkungsklauseln.....	33
4.	AGB-Reformdiskussion anregende BGH-Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle des § 307 BGB	35
5.	Möglichkeit summenmäßiger Haftungsbeschränkungen.....	37
6.	Rechtsfolge unwirksamer AGB.....	39
7.	Konsequenzen für Haftungsbeschränkungsklauseln in unternehmerischen Verträgen.....	41
IV.	Fazit zu Haftungsfreizeichnungsmöglichkeiten im deutschen AGB-Recht	43
	<i>B. Reformdiskussion um deutsches AGB-Recht</i>	<i>44</i>
	<i>I. Reaktionen der Praxis auf BGH-Rechtsprechung und Reformdiskussion.....</i>	<i>45</i>
	<i>1. Broschüren zur Bewerbung des Rechtsstandortes.....</i>	<i>45</i>
	<i>2. 69. Deutscher Juristentag 2012</i>	<i>46</i>
	<i>3. BMJV und Leuschner-Studie (2014).....</i>	<i>46</i>
	<i>4. Initiativen verschiedener Wirtschaftsverbände</i>	<i>48</i>
	<i>5. Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode (März 2018).....</i>	<i>49</i>
	<i>II. Argumente des Reformdiskurses der §§ 305 ff. BGB für den unternehmerischen Rechtsverkehr</i>	<i>50</i>
	<i>1. Argumente für eine AGB-Reform</i>	<i>50</i>
	<i>a) Kritik an Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB auf unternehmerische Verträge.....</i>	<i>51</i>
	<i>b) Hohe Hürden für Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr.....</i>	<i>52</i>
	<i>c) Kritik an Anforderungen des Aushandelns</i>	<i>53</i>
	<i>d) Mangelnde Wettbewerbsfähigkeit des deutschen AGB- Rechts und Zwang zur Rechtsflucht</i>	<i>55</i>
	<i>e) Keine Rechtsprechungsänderung ersichtlich</i>	<i>58</i>
	<i>f) Ziele der Reformbefürworter.....</i>	<i>58</i>
	<i>2. Argumente gegen eine AGB-Reform</i>	<i>60</i>
	<i>a) Angemessenheit und Rechtssicherheit derzeitiger Inhaltskontrolle für unternehmerische Verträge</i>	<i>60</i>
	<i>b) Indizwirkung entspricht Leitbildfunktion des geschriebenen Rechts gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.....</i>	<i>63</i>

c)	Angemessene Anforderungen an das Aushandeln i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB	64
d)	Zweifel an hohem Risiko der Rechtsflucht wegen des deutschen AGB-Rechts	65
e)	Tiefgreifende, unvorhersehbare Folgen einer Reform.....	66
3.	Erste Auffälligkeiten an Reformdiskussion	66
a)	Hoher Anteil an Diskutanten aus der Praxis	67
b)	Teilweise verzerrtes Rechtsbewusstsein über AGB-Kontrolle.....	68
c)	Zusammenhang zwischen Unternehmensgröße und internationaler Ausrichtung des Unternehmens mit Reformforderung.....	69
III.	Bereits erfolgte Reformvorschläge	72
1.	Maßstab des „Aushandelns“ im unternehmerischen Verkehr herabsenken	73
2.	Begrenzung des Anwendungsbereiches der AGB-Kontrolle über den Gegenstandswert der Transaktion	75
3.	Flexiblerer Prüfungsmaßstab des § 307 BGB für unternehmerische Verträge	77
4.	Veränderungen im AGB-Recht <i>de lege lata</i> statt <i>de lege ferenda</i>	79
5.	Bedenken bezüglich verschiedener Reformansätze	80
C.	<i>Zusammenfassung</i>	83

Kapitel 2 – Kollisionsrechtliche Grenzen der Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in unternehmerischen Verträgen.....

A.	<i>Staatliche Gerichte</i>	87
I.	Gerichte der EU-Mitgliedstaaten	89
1.	Grundsatz der Parteiautonomie	90
2.	Grenzen des einfach zwingenden Rechts, Art. 3 Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO	94
a)	Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO.....	95
aa)	§§ 305 ff. BGB einfach zwingendes Recht i. S. d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO	97
bb)	Anforderungen eines reinen Inlandssachverhaltes i. S. d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO.....	98
b)	Grenze des Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO (Binnenmarktklausel).....	105

c) Fazit.....	106
3. Grenzen der international zwingenden Eingriffsnormen, Art. 9 Rom I-VO.....	107
4. Grenzen des <i>ordre public</i> , Art. 21 Rom I-VO	110
5. Wahl des CISG	111
6. Fazit.....	115
II. Gerichte von Drittstaaten.....	116
1. Ausweichmöglichkeiten vor staatlichen Gerichten der Schweiz	117
a) Geltungsbereich des IPRG-Schweiz: internationale Sachverhalte.....	119
b) Grundsätzliche Rechtswahlfreiheit in Verträgen, Art. 116 IPRG-Schweiz.....	121
c) Objektive Anknüpfung: Engster Zusammenhang, Art. 117 IPRG-Schweiz.....	121
d) Grenze der Rechtswahl aufgrund der Beachtung ausländischer Eingriffsnormen, Art. 19 IPRG-Schweiz.....	122
e) Allgemeine Ausnahmeklausel des Art. 15 IPRG-Schweiz.....	127
f) Fazit.....	129
2. Ausweichmöglichkeiten vor staatlichen Gerichten Englands (nach EU-Austritt des Vereinigten Königreichs).....	129
a) Kollisionsrechtliche Rechtslage Englands bis zum EU-Austritt des Vereinigten Königreichs.....	131
b) Kollisionsrechtliche Rechtslage in England während des Brexit-Übergangszeitraumes	134
c) Kollisionsrechtliche Rechtslage in England seit Ablauf des Brexit-Übergangszeitraumes	134
d) Fazit.....	141
3. Fazit zu Grenzen der Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB vor drittstaatlichen Gerichten	142
III. Fazit und Konsequenzen für die Reformfrage.....	143
<i>B. Schiedsgerichte</i>	144
I. Sitz des Schiedsgerichts innerhalb der EU.....	146
1. Diskussion um Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO.....	147
2. Konsequenzen der Streitfrage für die Abwahlmöglichkeiten des deutschen AGB-Rechts.....	153
3. Durchsetzbarkeit einer Bindung der Schiedsgerichte in der Praxis?	155
a) Schiedsgerichtliche Entscheidung nach Rechtsregeln.....	155
b) Billigkeitsentscheidung des Schiedsgerichts (<i>amiable compositeur</i>)	158

4. Fazit.....	162
II. Sitz des Schiedsgerichts in Drittstaat (bspw. Schweiz und England post-Brexit)	163
1. Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz.....	163
2. Sitz des Schiedsgerichts in England (post-Brexit).....	167
3. Fazit.....	173
III. Praxis der Schiedsgerichte im Umgang mit den §§ 305 ff. BGB.....	174
IV. Fazit und Konsequenzen für Reformfrage	179
C. <i>Fazit und Konsequenzen für die Reformfrage</i>	181

Kapitel 3 – Einfluss des AGB-Rechts auf die Rechtswahl von Unternehmen in Handelsverträgen..... 185

A. <i>Rechtswahl von Unternehmen anhand inhaltlicher Vorzüge des Vertragsrechts?</i>	188
I. Rationales Desinteresse an der Rechtswahl	189
II. Vorteile einer Vertragsrechtswahl nicht <i>ex ante</i> vorhersehbar	192
III. Heterogene Interessen der Vertragsparteien.....	193
IV. Werbung kein Indikator für eine inhaltliche Qualitätsabwägung durch Unternehmen	194
V. Vertragsabschluss unter Annahme eines <i>self-sufficient contract</i>	196
VI. Fazit zur unternehmerischen Rechtswahl anhand inhaltlicher Vorzüge des Vertragsrechts.....	196
B. <i>Fülle an Anreizfaktoren</i>	197
I. Analyisierte Studien und empirische Daten	197
1. Daten der Studien zu Verfahren vor staatlichen Gerichten	198
2. Durch staatliche Gerichte veröffentlichte Daten.....	199
3. Daten schiedsrechtlicher Studien.....	199
4. Schwächen empirischer Daten	200
II. Fülle an Anreizfaktoren für die unternehmerische Rechtswahl	201
1. Materielles Recht	202
2. Möglichkeit der Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse in unternehmerischen Verträgen.....	203
3. Vertrautheit eines Rechtssystems	204
4. Schiedsfreundlichkeit.....	206
5. Rechtstradition (<i>common law / civil law</i>).....	209
6. Englische Sprache und/oder Vielsprachigkeit	211
7. (Eindruck einer) Neutralität des Rechts.....	213

8. Berechenbarkeit des Ausgangs einer Entscheidung.....	215
9. (Eindruck der) Stabilität eines Rechtssystems.....	218
10. Forum.....	218
11. Großer Finanz-, Versicherungs- und Rückversicherungssektor.....	219
12. Zwischenergebnis: Fülle an Anreizfaktoren für die unternehmerische Rechtswahl.....	221
<i>C. Maßgeblichkeit des AGB-Rechts unter den Faktoren.....</i>	221
I. Überblick über ältere Studien.....	222
II. <i>Oxford Civil Justice Survey</i> (2008).....	223
III. <i>Queen Mary School of International Arbitration: Choices in International Arbitration</i> (2010).....	224
IV. Forschungsprojekt im Auftrag des BMJV (<i>Leuschner-Studie 2014</i>).....	224
1. Frage der <i>Leuschner-Studie</i> (2014) an Schiedsrechtsexperten zur Kausalität.....	225
2. Fragen der <i>Leuschner-Studie</i> (2014) an Unternehmens- mitarbeiter zu Rechtswahlklauseln.....	226
a) Rechtsflucht bei inländischen Vertragsschlüssen aufgrund des deutschen AGB-Rechts?.....	227
b) Rechtsflucht in grenzüberschreitenden Verträgen aufgrund des deutschen AGB-Rechts?.....	229
3. Fazit zur <i>Leuschner-Studie</i> (2014).....	230
V. Aktuellste Studie: <i>Queen Mary School of International Arbitration: The Evolution of International Arbitration</i> (2018).....	230
VI. Fazit: AGB-Recht kein alleiniger noch ausschlaggebender Faktor in der unternehmerischen Rechtswahl.....	232
<i>D. Zugrundeliegende Mechanismen der Rechtswahl von Unternehmen.....</i>	233
I. Bevorzugte Wahl der Heimatrechtsordnung, alternativ eines neutralen Rechts.....	233
II. Verknüpfung der Wahl des anwendbaren materiellen Rechts und des Forums.....	235
1. Empirische Daten hinsichtlich Verknüpfung der Wahl.....	235
2. Ökonomische Rationalität einer Verknüpfung.....	238
3. Konsequenz für Reform.....	239
III. Netzwerk- und Lock-in-Effekte.....	239
IV. Fazit zu zugrundeliegenden Mechanismen.....	242

E.	<i>Mögliche Auswirkungen einer AGB-Reform auf die Attraktivität der deutschen Rechtsordnung</i>	243
I.	Auswirkungen einer AGB-Reform auf einzelne Anreizfaktoren	243
1.	Unbeeinflussbare Faktoren durch Reform des AGB-Rechts	243
2.	Beeinflussbare Faktoren durch Reform des AGB-Rechts	244
3.	Langfristig beeinflussbarer Faktor: Vertrautheit eines Rechtssystems.....	245
4.	Zwischenfazit: Nur wenige Anreizfaktoren der unternehmerischen Rechtswahl durch Reform des deutschen AGB-Rechts beeinflussbar	246
II.	Einfluss der zugrundeliegenden Mechanismen	247
III.	Zwischenfazit	248
F.	<i>Fazit zum Einfluss des AGB-Rechts auf die Rechtswahl und Konsequenzen für die Reformfrage</i>	248

Kapitel 4 – AGB-Kontrolle der Haftungsbeschränkungsklauseln in anderen Rechtsordnungen – Rechtsvergleich mit England, Schweiz und Frankreich

251

A.	<i>Bevorzugte unternehmerische Wahl</i>	252
I.	Bevorzugte Rechtswahl der Unternehmen	253
II.	Bevorzugte Forumswahl der Unternehmen.....	255
B.	<i>Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr im englischen Recht</i>	258
I.	<i>Common law rules</i> als Kontrolle von Vertragsklauseln	260
II.	<i>Principles of construction</i> als Kontrolle von Vertragsklauseln	261
III.	<i>Unfair Contract Terms Act 1977</i>	263
1.	Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des UCTA 1977	264
2.	Differenzierungsüberlegungen der <i>Law Commissions</i> für den UCTA 1977	265
3.	Inhalt und Auslegung des UCTA 1977.....	267
a)	Haftung für Fahrlässigkeit, Art. 2 UCTA 1977	268
b)	Haftungsbeschränkungen in <i>written standard terms of business</i> , Art. 3 UCTA 1977	269

c)	Weitere Haftungsbeschränkungsregelungen für besondere Verträge und Vertragspflichten, Art. 6, 7, 8 UCTA 1977	271
d)	Maßstab des <i>test of reasonableness</i>	272
e)	Berücksichtigung der Besonderheiten des unternehmerischen Verkehrs	275
4.	Handhabung internationaler Verträge und Rechtswahl im UCTA 1977	277
a)	Ausnahme internationaler Lieferverträge, Art. 26 UCTA 1977	277
b)	Kollisionsrechtliche Besonderheiten für internationale Verträge, Art. 27 UCTA 1977	280
5.	Rechtsfolge unwirksamer Klauseln nach dem UCTA 1977	283
IV.	Weitere wettbewerbsstärkende Faktoren des englischen Vertragsrechts bzw. allgemeinen Rechts	284
1.	Hohe Bedeutung des <i>freedom of contracts</i> im unternehmerischen Kontext im englischen Vertragsrecht	284
2.	Kein <i>general principle of good faith</i> im englischen Recht	285
3.	Unternehmensfreundliche Handelsgerichte durch sehr praxiserfahrene Richter und spezialisierte <i>Commercial Courts</i>	286
4.	Einfache Wahlmöglichkeit des forumeigenen Rechts im <i>common law</i>	286
V.	Andere Wettbewerbslage Englands nach Brexit seit Ablauf des Übergangszeitraumes	288
VI.	Fazit zur englischen AGB-Kontrolle	292
VII.	Rechtsvergleich der Kontrolle von Haftungsbeschränkungs-klauseln im englischen und deutschen Recht	293
1.	Vorliegen einer AGB-Kontrolle	293
2.	Auslegung von Haftungsbeschränkungs-/ -ausschlussklauseln	294
3.	Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle	294
a)	Ausnahme des „Aushandelns“	294
b)	Ausnahme internationaler Verträge	295
c)	Differenzierung zwischen Großunternehmen und KMUs bei der Klauselkontrolle	296
4.	Maßstab der Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln: <i>reasonableness</i> und „unangemessene Benachteiligung“	296
5.	Genereller Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit	297
6.	Haftungsausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bei eigenem Verschulden	297
7.	Haftungsausschluss für Gehilfen	297
8.	Summenmäßiger Haftungsausschluss	298
9.	Rechtsfolge unwirksamer Klauseln: Keine geltungserhaltende Reduktion	298

10. Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit	298
VIII. Fazit	298
<i>C. Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr im Schweizer Recht</i>	299
I. Geltungskontrolle von AGB	301
1. Vorliegen von AGB	301
2. Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Verkehr	301
3. Ungewöhnlichkeitsregel der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	302
a) Globalübernahme von AGB	303
b) Schwächerer oder unerfahrener Vertragspartner (subjektive Voraussetzung)	304
c) Vorliegen ungewöhnlicher, d. h. überraschender Regelungen (objektive Voraussetzung)	305
d) Zwischenergebnis	306
4. Kritik an „verdeckter Inhaltskontrolle“ und Forderung einer offenen Inhaltskontrolle	307
II. Auslegung von AGB	310
III. Inhaltskontrolle von AGB	312
1. Keine offene AGB-Inhaltskontrolle (mehr) des Art. 8 UWG-Schweiz im unternehmerischen Verkehr	312
2. Einbeziehung von KMUs in den Schutzbereich des Art. 8 UWG-Schweiz n. F.?	315
3. Untypischer Ort der AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht (UWG).....	316
IV. Allgemeine vertragsrechtliche Kontrollen	317
1. Allgemeine Schranken von Haftungsfreizeichnungsklauseln, Art. 100, 101 Abs. 2, 3 OR-Schweiz	318
a) Haftung für eigenes Verschulden, Art. 100 Abs. 1 OR-Schweiz.....	318
b) Haftung für Hilfspersonen, Art. 101 Abs. 2 OR-Schweiz.....	320
c) Haftungsfreizeichnung im Arbeitsverhältnis oder bei Gewerbebetrieben, deren Ausübung eine öffentliche Konzession voraussetzt, Art. 100 Abs. 2, 101 Abs. 3 OR-Schweiz.....	321
2. Spezielle Kontrollen des besonderen Vertragsrechts	323
3. Grenzen des allgemeinen Vertragsrechts der Artt. 19–21 OR-Schweiz.....	324
4. Zwischenergebnis	326
V. Rechtsfolge unwirksamer Klauseln	326
VI. Rechtsschutz gegen AGB-Klauseln	328
VII. Fazit zur Schweizer AGB-Kontrolle.....	328

VIII. Rechtsvergleich der Kontrolle von Haftungsbeschränkungs-	
klauseln im Schweizer und im deutschen Recht	330
1. Vorliegen einer AGB-Kontrolle	330
2. Voraussetzungen für „nicht-Geltung“ der AGB-Kontrolle	331
3. Haftungsausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bei	
eigenem Verschulden	331
4. Genereller Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben,	
Körper und Gesundheit	332
5. Haftungsausschluss für Gehilfen	333
6. Summenmäßiger Haftungsausschluss	333
7. Geltungserhaltende Reduktion	334
8. Generelle vertragsrechtliche Grenzen	334
9. Fallstricke des Schweizer Rechts aus dem besonderen	
Schuldrecht des OR	334
10. Rechtssicherheit durch Rechtsprechungsdichte	335
IX. Fazit	336
D. Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im	
unternehmerischen Rechtsverkehr im französischen Recht	337
I. Ähnliche Wettbewerbslage Frankreichs und Deutschlands	
hinsichtlich Anreizfaktoren	338
II. AGB-Kontrolle in Frankreich	339
1. Reformziel und Reforminhalt betreffend AGB	340
2. Französische AGB-Kontrolle bis zur Reform des <i>Code Civil</i>	
im Jahr 2016	344
3. Neu kodifizierte AGB-rechtliche Regelungen seit der Reform	
(seit 1. Oktober 2016)	346
a) Unterscheidung zwischen ausgehandelten und nicht	
ausgehandelten Verträgen, Art. 1110 <i>Code Civil</i> n.F.	347
b) Einbeziehung (Art. 1119 <i>Code Civil</i> n.F.) und Auslegung	
(Art. 1190 <i>Code Civil</i> n.F.) von AGB	349
c) Verbot der Aushöhlung von Kardinalpflichten, Art. 1170	
<i>Code Civil</i> n.F.	349
d) Kontrollmaßstab des <i>déséquilibre significatif</i> , Art. 1171	
<i>Code Civil</i> n.F.	350
4. Verhältnis des reformierten Art. 1171 <i>Code Civil</i> n.F. und der	
bestehenden handelsrechtlichen Vorschrift, Art. L442-6 I 2°	
a.F. bzw. Art. L442-1 I 2° n.F. <i>Code de Commerce</i>	353
a) Regelungsgehalt und Rechtsfolge der handelsrechtlichen	
Bestimmung	353
b) Konvergenzen der Normen	356
c) Divergenzen	357

d) Koexistenz	359
5. Kritik an neuen AGB-rechtlichen Kodifikationen des französischen Rechts.....	360
6. Fazit zur französischen AGB-Kontrolle von Haftungsfreizeichnungsklauseln.....	362
III. Rechtsvergleich der Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im französischen und deutschen Recht	362
IV. Konsequenzen und Fazit.....	364
<i>E. Fazit des Rechtsvergleichs und Konsequenzen für den Reformbedarf des deutschen AGB-Rechts.....</i>	<i>365</i>
I. Liberalere AGB-Kontrolle in beliebten „Fluchtzielen“?	365
II. Liberalisierungstrend der AGB-Kontrolle in anderen Rechtsordnungen in Europa?	366
III. Konsequenzen für deutsches Recht.....	366
 Kapitel 5 – Konsequenzen für Reformüberlegungen im deutschen AGB-Recht.....	367
<i>A. Ergebnisse der Analyse des Rechtsfluchtrisikos aufgrund des deutschen AGB-Rechts</i>	<i>367</i>
I. Kollisionsrechtliche Grenzen der Rechtsflucht (Kapitel 2)	367
II. Einfluss des AGB-Rechts auf die unternehmerische Rechtswahl (Kapitel 3).....	368
III. AGB-Kontrolle der Haftungsbeschränkungsklauseln in anderen Rechtsordnungen (England, Schweiz, Frankreich) (Kapitel 4).....	369
<i>B. Handlungsbedarf des Staates?.....</i>	<i>370</i>
I. Verbleibende Gründe für AGB-Kontrolle trotz Rechtsflucht.....	371
1. Abwehrfunktion gegen einseitige Inanspruchnahme der Gestaltungsmacht.....	372
2. Schutzfunktion vor Verhandlungsungleichgewicht und Marktmacht.....	373
3. Partielles Marktversagen und Informationsasymmetrie	374
4. Verhandlungspsychologische Sogwirkung	378
5. Fazit.....	378
II. Interesse des Staates an „attraktivem“ AGB-Recht.....	378
1. Anreize aus Sicht des Staates	379
a) Wirtschaftliche Anreize für einen Staat.....	380

b)	Nichtwirtschaftliche Anreize für einen Staat	382
c)	Anreize hinsichtlich des Gerichtsstandortes aus dem Zusammenhang von Rechts- und Forumswahl	384
d)	Fazit zu den Anreizen aus Sicht des Staates	389
2.	Anreize anderer Diskutanten	390
a)	Anreize aus Sicht der Unternehmen	390
b)	Anreize aus Sicht der rechtsberatenden Branche	391
c)	<i>Principal-agent</i> -Konflikt bei Wettbewerbsanreizen zwischen Mandant und Anwalt	393
3.	Schlussfolgerungen zu Anreizen für ein „attraktives“ AGB- Recht	394
C.	<i>Sinnvolle Ansatzpunkte einer AGB-Reform im Lichte der Analyseergebnisse zum Rechtsfluchtargument</i>	395
I.	Reformpaket: AGB-Recht und Einführung von Kammern für internationale Handelssachen	396
1.	Bereits bestehende Gesetzentwürfe für Kammern für internationale Handelssachen	397
2.	Komponente der Spezialisierung der Gerichte durch Gesetzentwurf	399
3.	Sprachliche Komponente des Gesetzentwurfs	400
4.	Fazit	403
II.	Weitere gesetzgeberische Bestrebungen bezüglich anderer Anreizfaktoren	404
III.	Differenzierung anhand der Unternehmensgröße und des Unternehmensumsatzes	404
1.	Bestehende Vorschläge für Differenzierung anhand einer Unterkategorie der KMU	405
2.	Differenzierung zwischen Unternehmensgrößen im niederländischen AGB-Recht	408
3.	Fazit	412
IV.	Differenzierung zwischen nationalen und internationalen Verträgen	412
1.	Differenzierung bereits im englischen und niederländischen AGB-Recht	413
2.	Fazit	415
V.	Kombination der Differenzierung anhand der Unternehmens- größe und der Internationalität des Vertrages	416
VI.	Weitere Ansatzideen für eine AGB-Reform	417
1.	Erlaubnisnorm ähnlich dem Regelungsmechanismus des § 512 Abs. 2 HGB schaffen	418

2. Ausnahme bei ausdrücklichem Hinweis auf die Klausel ähnlich dem Schweizer Recht	419
3. Vorantreiben einer Mindestharmonisierung des AGB-Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehr auf EU-Ebene.....	419
4. Optionen des deutschen Gesetzgebers zur zwingenden Durchsetzung des deutschen AGB-Rechts gegenüber deutschen Unternehmen?	421
VII. Fazit zu sinnvollen Ansatzpunkten einer AGB-Reform im Lichte des Rechtsfluchtargumentes	423
<i>D. Fazit zu Konsequenzen der Analyse zu Reformüberlegungen.....</i>	<i>424</i>
Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	425
<i>A. Zusammenfassung der Analyse des Rechtsfluchtargumentes.....</i>	<i>425</i>
<i>B. Schlussfolgerungen für eine AGB-Reform</i>	<i>427</i>
Literaturverzeichnis.....	429
Materialienverzeichnis	447
Rechtsprechungsverzeichnis.....	451
Sachverzeichnis.....	457

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
AAA	American Arbitration Association
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AnwK	AnwaltKommentar
Art. / Artt.	Artikel (sing.) / Artikel (pl.)
Aufl.	Auflage
BB	Betriebs-Berater
BBl.	Bundesblatt (Schweiz)
Bd.	Band
BeckOGK	beck-online.Grosskommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründung
Beschl.	Beschluss
BG	Bundesgericht (Schweiz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BIICL	British Institute of International and Comparative Law
BK	Berner Kommentar
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache

Brüssel Ia-VO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Verordnung Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und Rates vom 12.12.2012
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
Buchst.	Buchstabe
Bull civ	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, Chambres civiles (Frankreich)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
B2B	business-to-business
B2C	business-to-consumer
ca.	circa
CESL	Common European Sales Law
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods / Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (BGBl. 1989 II S. 586, ber. 1990 S. 1699) (siehe auch: UN-Kaufrecht)
CRA 2015	Consumer Rights Act 2015 (Vereinigtes Königreich)
DAV	Deutscher Anwaltverein e.V.
DCFR	Common Frame of Reference
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.
DM	Deutsche Mark
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
ebd.	ebenda
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Bundesrepublik Deutschland)
Einl.	Einleitung
engl.	englisch(-e, -es, -er)
ERE	Europäische Rechnungseinheit
ERPL	European Review of Private Law
etc.	et cetera
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EU-MGS	EU-Mitgliedstaat(-en)
EU-VK-Austritts- abkommen	Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft v. 12.11.2019, ABl. 2019 C 384 I, 1

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	80/934/EWG: Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, aufgelegt zur Unterzeichnung am 19. Juni 1980 in Rom (Europäisches Schuldvertrags-übereinkommen/EVÜ)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f. / ff.	folgend(-e)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
frz.	französisch(-e, -es, -er)
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (Bundesrepublik Deutschland)
HGB	Handelsgesetzbuch (Bundesrepublik Deutschland)
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
ICC	International Chamber of Commerce
I.C.C.L.R.	International Company and Commercial Law Review
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
i. E.	im Ergebnis/im Erscheinen
IHR	Internationales Handelsrecht
i. H. v.	in Höhe von
insb.	insbesondere
IntGV	Internationaler Geschäftsverkehr
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG(-Schweiz)	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987 (SR 291) (Schweiz)
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
J.B.L.	Journal of Business Law
J. Priv. Int. Law	Journal of Private International Law
jurisPK	juris Praxiskommentar
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KfiHG	Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen

KMU	Kleinstunternehmen, kleine und mittlere Unternehmen
LA	Liber amicorum
LCIA	London Court of International Arbitration
LG	Landgericht
lit.	litera
LJ	Lord Justice/Lady Justice
LMCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhrling
Ltd.	Limited
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ), abgeschlossen in Lugano am 30. Oktober 2007
m. Anm.	mit Anmerkung(-en)
mg	Milligramm
MinDirig	Ministerialdirigent
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report
NLJ	The New Law Journal
no.	number
Nr.	Nummer/Nummern
Nw. J. Int'l L. & Bus.	Northwestern Journal of International Law & Business
NYÜ	UN-Übereinkommen vom 10.6.1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (New Yorker Übereinkommens/New York Convention)
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OR-Schweiz	Schweizerisches Obligationenrecht (Bundesgesetz vom 30. März 1911)
PECL	Principles of European Contract Law
Q. J. Econ.	The Quarterly Journal of Economics
Queen Mary Survey (2010)	2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration
Queen Mary Survey (2018)	2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration
RA	Rechtsanwalt
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Riv. dir. int. priv. proc.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
S.	Seite resp. Satz
s. a.	siehe auch
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
Sec.	Section(-s)
SI	Statutory Instruments (Vereinigtes Königreich)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Slg.	Sammlung
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte(-n)
Strategic Mgmt. J. stRspr.	Strategic Management Journal ständige Rechtsprechung
TranspR	Transportrecht
u. a.	unter anderem/anderen
Überbl	Überblick
UCTA 1977	Unfair Contract Terms Act 1977 (Vereinigtes Königreich)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCITRAL-ML	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985, with amendments as adopted in 2006 (UNCITRAL-Modellgesetz)
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé (frz.)/International Institute for the Unification of Private Law (engl.)
UN-Kaufrecht	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (BGBl. 1989 II S. 586, ber. 1990 S. 1699) / United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (siehe auch: CISG)
UPICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
Urt.	Urteil
UTCCR 1999	Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (Vereinigtes Königreich)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254) (Bundesrepublik Deutschland)

UWG-Schweiz	Schweizerisches Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986
v.	von
Verf.	Verfasser/-in
vgl.	vergleiche
VK	Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland
Vorb. / Vorbem	Vorbemerkungen
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB-Schweiz	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung (Bundesrepublik Deutschland)
ZPO-Schweiz	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z. Zpkt.	zum Zeitpunkt

Einleitung

Unternehmen sind in ihrer Rechtswahl in Handelsverträgen grundsätzlich frei. Das ist Ausdruck der Parteiautonomie im Vertragsrecht. Durch diese Freiheit kann auch die Anwendung des heimischen Rechts in Handelsverträgen durch Rechtswahl weitgehend vermieden werden. Wenn Unternehmen vor ihrer heimischen Rechtsordnung durch Rechtswahl ausweichen, wird dies häufig als sog. „Rechtsflucht“ deklariert. Das Risiko einer Rechtsflucht in ausländische Rechtsordnungen wird im Zusammenhang mit der deutschen Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) gerügt. In der Diskussion um eine Reform des deutschen AGB-Rechts wird die Kritik erhoben, das deutsche AGB-Recht der §§ 305 ff. BGB gehe im unternehmerischen Rechtsverkehr an den Bedürfnissen der kaufmännischen Praxis und internationalen Standards vorbei und wirke sich im Wettbewerb nachteilig für den Rechtsstandort Deutschland aus.¹ Die deutsche AGB-Kontrolle sei im internationalen Vergleich verhältnismäßig streng und würde daher deutsche Unternehmen in ihren Handelsverträgen zu einer Rechtsflucht ins Ausland bewegen.² Deutschen Unternehmen bliebe nur noch eine Flucht in ausländische Rechtsordnungen, wenn sie wirksam und sinnvoll ihre Haftung in Form von Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln in unternehmerischen Verträgen durchsetzen wollten.³ Daher müsse die AGB-Kontrolle des deutschen Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehr gelockert werden.

¹ So Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, Gesetzgebungsvorschlag April 2015; *Valdini*, ZIP 2017, 7 ff.; *Maier-Reimer*, NJW 2017, 1, 4; *Maier-Reimer/Niemeyer*, NJW 2015, 1713, 1719 (zur Flucht in ausländische Rechtsordnungen sowie ins Schiedsrecht bei Unternehmenskaufverträgen); *Ostendorf*, SchiedsVZ 2010, 234, 234; *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 163; *Hobeck*, SchiedsVZ 2005, 108, 112; *Kondring*, ZIP 2017, 706 ff. (zur Wahl ausländischen Rechts und damit einhergehender Ausweichmöglichkeiten bspw. vor dem AGB-Recht).

² Ebd.

³ So der Vorwurf mancher Reformbefürworter. U.a. *Berger/Kleine*, BB 2007, 2137, 2138; *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 163. Auch die Kommentarliteratur zu den §§ 305 ff. BGB nennt dieses Argument im Zusammenhang mit der „Reformdiskussion des deutschen AGB-Rechts im B2B-Verkehr“, vgl. bspw. *Lehmann-Richter*, in: BeckOGK, § 305 BGB (Stand: 1.3.2021), Rn. 68 (ohne sich zu positionieren, nur das Rechtsfluchtargument darstellend); ebenfalls auf dieses Rechtsfluchtargument und der angeblichen

Welche Bedeutung hat jedoch dieses Argument der Rechtsflucht für eine AGB-Reform? Es ruft die Fragen hervor, ob Unternehmen tatsächlich aufgrund der deutschen AGB-Kontrolle in ihren Handelsverträgen in andere Rechtsordnungen flüchten und in welchen Vertragskonstellationen eine solche Rechtsflucht kollisionsrechtlich überhaupt grenzenlos möglich ist. Darüber hinaus löst es die Frage aus, ob andere Rechtsordnungen wirklich liberaler im Umgang mit der AGB-Kontrolle bezüglich Haftungsbeschränkungsklauseln sind. Diese Fragen müssen zunächst geklärt werden, bevor eine Rüge der Rechtsflucht den nationalen Gesetzgeber zu einer Reform des deutschen AGB-Rechts beeinflussen sollte. Daraus ergibt sich im Anschluss die Frage, welche rechtspolitischen Konsequenzen aus den Antworten auf die erhobenen Fragen bezüglich der Rechtsflucht resultieren. Erfordern sie ein gesetzgeberisches Aktivwerden hinsichtlich der AGB-Kontrolle? Und wenn ja, wie sollte ein solches aussehen? Ob eine Liberalisierung der deutschen AGB-Kontrolle überhaupt eine Rechtsflucht vor der deutschen Rechtsordnung beeinflussen könnte, ist zunächst zu untersuchen. Allein durch die Rüge der Rechtsflucht ist dies noch nicht gesagt.

Das Argument der Rechtsflucht wird in Beiträgen zur AGB-Reformdiskussion zwar häufig angebracht, jedoch weder infrage gestellt noch dessen Konsequenzen vertieft. Vorliegende Arbeit widmet sich der Analyse des Einflusses der Rechtsflucht auf das AGB-Recht und hinterfragt kritisch dessen Auswirkungen und Konsequenzen für die Reformüberlegungen bezüglich des deutschen AGB-Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehr.

A. Anlass der Untersuchung

Seit geraumer Zeit besteht in Deutschland die Diskussion um eine Reform des AGB-Rechts für den unternehmerischen Rechtsverkehr.⁴ Ausgangspunkt der

rechtsvergleichenden milderer ausländischen Rechtsordnungen hinweisend (ohne sich zu positionieren): MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 36.

⁴ Vgl. u. a. seit 2006 pro Reform: *Berger*, ZIP 2006, 2149; *Berger / Kleine*, BB 2007, 2137; *Lischek / Mahnken*, ZIP 2007, 158; *Lenkaitis / Löwisch*, ZIP 2009, 441; *Müller / Griebeler / Pfeil*, BB 2009, 2658; *Kessel / Stomps*, BB 2009, 2666; *Dauner-Lieb / Axer*, ZIP 2010, 309; *Berger*, NJW 2010, 465; *Kieninger*, AnwBl 2012, 301 ff.; *Kondring*, RIW 2012, H.11, I und gegen Reform: *Graf von Westphalen*, ZIP 2007, 149; *ders.*, BB 2010, 195; *ders.*, ZIP 2010, 1110; *ders.*, BB 2012, 1; *Koch*, BB 2010, 1810; *Schäfer*, BB 2012, 1231; „Mittelstand gegen Änderungen des AGB-Rechts“, Gemeinsame Pressemitteilung des Zentralverbandes des deutschen Handwerks, des Markenverbandes, des Bundesindustrieverbandes, u. v. W., anlässlich des deutschen Juristentages, 18.9.2012; Frankfurter Initiative, Gemeinsame Erklärung 2013, abrufbar unter: <<http://www.pro-agb-recht.de/presse/pm0413.pdf>>; *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 76 (Beitrag zum Wettbewerb der Rechtsordnungen) und vermittelnd: *Kaufhold*, BB 2012, 1235.

Diskussion ist die nach Ansicht der Reformbefürworter zu strenge deutsche AGB-Kontrolle, die international vergleichsweise hohe Anforderungen in der Klauselkontrolle stelle.⁵ Insbesondere würden im B2B-Verkehr (*business-to-business*-Verkehr) trotz der grundsätzlichen Vertragsfreiheit und einer bei Verträgen in diesem Bereich des Geschäftsverkehrs nötigen Flexibilität strenge Anforderungen existieren. Plakativ wird das deutsche AGB-Recht als „Zwangskorsett“ beschrieben, das nicht nur die Gestaltungsfreiheit massiv einschränke, sondern auch durch stets erforderliche Rechtsberatungskosten zu erhöhten Transaktionskosten führe.⁶ Die Haftung in B2B-Verträgen zu beschränken oder gar auszuschließen und somit ein vorhersehbares und kalkulierbares wirtschaftliches unternehmerisches Risiko zu erlangen, ist den Reformbefürwortern zufolge derzeit unmöglich, zumindest aber schwierig und nur mit verbleibender Rechtsunsicherheit zu vereinbaren.⁷ Als zentrales Argument für eine Reform der §§ 305 ff. BGB wird das Rechtsfluchtrisiko⁸ her-

Und aktuell in 2015–2021 pro Reform: *Leuschner*, ZIP 2015, 1045; *ders.*, ZIP 2015, 1326; Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, Gesetzgebungsvorschlag April 2015; *Herber*, TranspR 2016, 1; *Müller*, NZM 2016, 185; *ders.* BB 2018, H. 26, I; *Rabe*, TranspR 2016, 191; Ergebnispapier, „Plattform Industrie 4.0 – wie das Recht Schritt hält“, *BMWi*, 10/2016, S. 6; *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 176–182 (insb. S. 181 f.); *Staudinger / Piekenbrock*, 2019, § 310 BGB, Rn. 44 und gegen Reform: *Graf von Westphalen*, ZIP 2015, 1316; *ders.* ZIP 2018, 1101 (speziell zu innovativen Geschäftsmodellen); *ders.* TranspR 2018, 268; *Palandt / Grüneberg*, 74. Aufl. 2015, § 307 BGB, Rn. 38 – nach wie vor *Palandt / ders.*, 80. Aufl. 2021, § 307 BGB, Rn. 38; *Kappus*, NJW 2016, 33; *MüKo / Basedow*, BGB, 8. Aufl. 2019, § 310 BGB, Rn. 29 ff. sowie bereits *MüKo / ders.*, BGB, 7. Aufl. 2016, § 310 BGB, Rn. 16 – gegen Gesetzesreform und für Aufnahme einer Paketlösung durch Rechtsprechung; gegen Reformvorschlag *Leuschners: Genzow*, IHR 2015, 133.

⁵ U.a. vorwerfend ggü. dem deutschen Recht: *Müller / Griebeler / Pfeil*, BB 2009, 2658, 2662 ff.; *Maier-Reimer*, NJW 2017, 1, 4; beobachtend feststellend über das Bestehen dieser Kritik: *Mankowski*, Rechtskultur (2016), S. 409.

⁶ *Valdini*, ZIP 2017, 7, 7.

⁷ Bspw.: *Berger / Kleine*, BB 2007, 2137, 2138; *Kessel / Stomps*, BB 2009, 2666, 2667; *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 1.

⁸ Der Begriff der „Rechtsflucht“ ist dabei mit einer negativen Beurteilung eines „verbotenen Flüchtens“ aufgeladen. Wo das Kollisionsrecht eine Rechtswahl in eine andere Rechtsordnung als die im Übrigen nach den Kriterien des IPR bestimmte Rechtsordnung zulässt, ist eine solche Abwahl gesetzlich zulässig und die Freiheit der Rechtswahl eingeräumt. Der Terminus „Rechtsflucht“ (*evading law*) impliziert jedoch vielmehr, dass die Parteien versuchen in das Recht eines Staates zu optieren, in dem der betroffene Bereich gesetzlich ungeregelt ist. Der Terminus „Rechtswahl“ (*choosing law*) hingegen suggeriert, dass die Parteien einfach in bestehende Regelungen eines anderen Staates optieren wollen, also weniger ein Rechtssystem „umgehen“, sondern „aussuchen“ wollen. In dieser Arbeit wird der von Reformbefürwortern des deutschen AGB-Rechts genutzte und sprachlich negativ konnotierte Begriff der „Rechtsflucht“ in vielen Aspekten genutzt, da die Kritik der Reformbefürworter erst das Argument der Rechtswahl und des potenziellen Wettbewerbs der Rechtsordnungen

vorgehoben. Die Entscheidungen des BGH würden die AGB-Kontrolle in Handelsverträgen zu streng gestalten, sodass das deutsche Recht „unattraktiv“ würde⁹ und sich die §§ 305 ff. BGB zu einem „Standortnachteil“ für Deutschland und einem Rechtswahlnachteil für das deutsche Recht entwickelt hätten.¹⁰ Während das deutsche Recht nur noch selten zum Zug käme, würde englisches Recht selbst dann gewählt, wenn keine englischen Parteien involviert seien.¹¹ Eine Tendenz zur „Flucht“ deutscher Unternehmen in ausländische Rechtsordnungen, insbesondere ins Schweizer Recht, würde durch die AGB-Rechtsprechung befördert.¹²

Das Argument der Rechtsflucht in der AGB-Reformdebatte generiert Fragen, die bislang nicht näher beleuchtet wurden und daher Anlass für die Untersuchung bieten. Die Arbeit will die Möglichkeiten und Grenzen, die Bedeutung und den Bestand einer Rechtsflucht aufgrund des deutschen AGB-Rechts hinterfragen und die Konsequenzen, die sich aus dem Rechtsfluchtargument für die Reformfrage im nationalen Vertragsrecht ergeben, herausarbeiten. Die Arbeit bewegt sich damit in einem Bereich zur Thematik der Rechtsflucht im Zusammenhang mit der Reformfrage im AGB-Recht, in dem bislang nur erste Ansätze jedoch keine vertieften Analysen bestehen. In verschiedenen Beiträgen wird das Argument der Rechtsflucht angebracht,¹³ jedoch bleibt der Gedanke im Ansatz und die Analyse der Rechtsflucht und deren Konsequenzen für eine Reform verbleiben ohne weitere Vertiefung.

in das Blickfeld der Reformdiskussion gerückt hat. Siehe so auch zur Differenzierung zwischen *evading law* und *choosing law*: O'Hara / Ribstein, *The Law Market* (2009), Policy Arguments, S. 19, 29.

⁹ Solche Kritik äußert bspw. Müller, LMK 2013, 342776 (Anm. zu BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12); ebenfalls hinweisend auf einen „Standortnachteil“ Deutschlands aufgrund der *bring or pay I*-Entscheidung, BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12: Dauner-Lieb, AnwBl 2013, 845, 846.

¹⁰ Vgl. so bspw. Müller / Schilling, BB 2012, 2319, 2319; Stellungnahme des DAV zum Reformbedarf des AGB-Rechts für den unternehmerischen Rechtsverkehr, August 2015, S. 12 („Die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr bedeutet einen empfindlichen Wettbewerbsnachteil des deutschen Rechts.“).

¹¹ Bericht über „Law – Made in Germany“ Symposium in München durch Altemeier, AnwBl 2017, 653.

¹² Fuchs, in: Ulmer / Brandner / Hensen, *AGB-Recht*, 12. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn. 371; Hobeck, *SchiedsVZ* 2005, 108, 112.

¹³ Bspw. Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, Gesetzgebungsvorschlag April 2015, S. 2 f.; Valdini, *ZIP* 2017, 7 ff.; Maier-Reimer, *NJW* 2017, 1, 4; Maier-Reimer / Niemeyer, *NJW* 2015, 1713, 1719 (zur Flucht in ausländische Rechtsordnungen sowie ins Schiedsrecht bei Unternehmenskaufverträgen); Lischek / Mahnken, *ZIP* 2007, 158, 163; Hobeck, *SchiedsVZ* 2005, 108, 112; Kondring, *ZIP* 2017, 706 ff. (zur Wahl ausländischen Rechts und damit einhergehender Ausweichmöglichkeiten bspw. vor dem AGB-Recht).

Das Argument der Rechtsflucht ruft zunächst die Frage hervor, in welchen Konstellationen ein Ausweichen vor der deutschen AGB-Kontrolle kollisionsrechtlich überhaupt wirksam möglich ist. Eine Rechtsflucht vor dem deutschen AGB-Recht stößt in manchen Vertragskonstellationen auf kollisionsrechtliche Grenzen, die bereits im Ansatz Gegenstand einer Diskussion innerhalb der Literatur sind.¹⁴ Insbesondere bei reinen deutschen Sachverhalten, sog. Inlandssachverhalten, tauchen Probleme bezüglich eines wirksamen Ausschlusses des zwingenden deutschen Rechts auf.¹⁵ Hier wird den Parteien für ein Entkommen vor der deutschen AGB-Kontrolle teilweise eine Flucht in die Schiedsgerichtsbarkeit empfohlen.¹⁶ Keine der Diskussionen analysiert und vergleicht jedoch umfassend neben den kollisionsrechtlichen Grenzen vor deutschen Gerichten die Situation vor anderen beliebten europäischen Foren, wie der Schweiz oder den englischen Gerichten (insb. London) post-Brexit nach Ablauf des Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2020. Gleichfalls wird, selbst wenn auf die Situation vor Schiedsgerichten eingegangen wird, nicht auf die Rechtslage vor Schiedsgerichten außerhalb der EU-Mitgliedstaaten vor beliebten europäischen Schiedsorten wie der Schweiz und England (insb. London) post-Brexit nach Ablauf der Übergangsphase eingegangen. Diese Lücke will vorliegende Arbeit durch ihre umfassende, rechtsvergleichende Analyse des Kollisionsrechts und dessen Grenzen für Rechtsfluchten vor dem deutschen AGB-Recht füllen. Darüber hinaus blickt keiner der Beiträge in die Konsequenzen einer Bindung oder Nichtbindung der Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht für die Normen der deutschen AGB-Kontrolle und welche Folgen sich diesbezüglich bei Fragen der Durchsetzbarkeit einer Missachtung einfach zwingenden nationalen Rechts ergeben. Hier knüpft diese Arbeit an und vertieft die bestehende wissenschaftliche Analyse sowohl rechtsvergleichend durch den Vergleich der Kollisionsrechte Deutschlands mit denen Englands und der Schweiz als auch in der Analyse der Konsequenzen der Bindung oder Nichtbindung der Schiedsgerichte und deren Bedeutung für die AGB-Reform.

Anlass für die Untersuchung gab außerdem, dass zwar bislang Arbeiten zur Analyse einer Reform des deutschen AGB-Rechts bestehen,¹⁷ die Arbeiten sich dabei jedoch auf die Frage der inhaltlichen Strenge der §§ 305 ff. BGB fokussieren und das Rechtsfluchtargument und die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Rechtsordnung nicht vertiefen. Keine der Arbeiten hinter-

¹⁴ *Berger*, in: FS *Elsing*, 2015, 15; *Pfeiffer*, NJW 2012, 1169; *ders.*, in: FS *Graf von Westphalen*, 2010, 555; *Ostendorf*, *SchiedsVZ* 2010, 234; *Lenkaitis / Löwisch*, *ZIP* 2009, 441, 444 ff.; *Schäfer*, *BB* 2012, 1231, 1232.

¹⁵ Siehe hierzu ausführlich in Kapitel 2.

¹⁶ So *Lischek / Mahnken*, *ZIP* 2007, 158, 163.

¹⁷ Siehe u.a. die in Fn. 4 aufgeführte, ausführliche Reformdiskussion und die diesbezüglichen Beiträge.

fragt dabei den Kausalzusammenhang zwischen der Rechtsflucht der Unternehmen in Handelsverträgen und dem deutschen AGB-Recht. Aufgrund der erhobenen Rüge des Rechtsfluchtrisikos in der Reformdiskussion des AGB-Rechts stellt sich die Frage, welche Faktoren die unternehmerische Rechtswahl in Handelsverträgen beeinflussen und wie maßgeblich das deutsche AGB-Recht in der unternehmerischen Entscheidungsfindung bei der Rechtswahl ist. Wäre das AGB-Recht nicht kausal oder hätte zumindest nur einen geringen Einfluss auf die unternehmerische Rechtswahl, würde eine Reform desselben nur wenig Einfluss auf die Rechtsflucht nehmen können. Die Beweggründe der unternehmerischen Rechtswahl und den Einfluss des AGB-Rechts hierbei untersucht vorliegende Arbeit.

Ein weiterer Aspekt, der Anlass für die Untersuchung gab, besteht darin, dass die verschiedenen Reformbeiträge wiederholt die Vorzugswürdigkeit des Schweizer und des englischen Rechts benennen, um liberalere Haftungsfreizeichnungsregelungen als die der deutschen AGB-Kontrolle in B2B-Verträgen zu erhalten. Jedoch bleiben die Beiträge an dieser Stelle stehen und es fehlen umfassende rechtsvergleichende Analysen zu diesem Aspekt.¹⁸ Ob eine Rechtsflucht in diese Rechtsordnungen letztlich das Ziel eines liberaleren Umgangs mit Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB im unternehmerischen Verkehr erreicht, ist fraglich. Diesem Rechtsvergleich der Haftungsfreizeichnungsmöglichkeiten des deutschen AGB-Rechts in Handelsverträgen mit denen des englischen, schweizerischen und französischen AGB-Rechts widmet sich diese Arbeit.

Die letzte Frage, die sich aus dem Argument der Rechtsflucht ergibt, richtet ihren Blick auf die Konsequenzen der Analyseergebnisse bezüglich eines Rechtsfluchtrisikos für die Debatte der AGB-Reform und darauf, welche Schlussfolgerungen der deutsche Gesetzgeber aus den Analyseergebnissen ziehen kann. Zu untersuchen ist, inwieweit das Argument der Rechtsflucht die nationale Reformfrage im Vertragsrecht beeinflussen sollte.

Der Überblick zeigt: Es besteht keine umfassende Analyse des Argumentes der Rechtsflucht im Zusammenhang mit der Reformdiskussion des deutschen AGB-Rechts in unternehmerischen Verträgen. Die Möglichkeiten und Grenzen, die Intensität und die Effektivität einer Rechtsflucht in andere Rechtsordnungen als Ausweichmöglichkeit für den unternehmerischen Rechtsverkehr vor den §§ 305 ff. BGB werden daher in dieser Arbeit kritisch

¹⁸ In *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014 erfolgt eine rechtsvergleichende Analyse, die sich überblicksartig auf diverse Rechtsordnungen erstreckt und einem guten Überblick in die Breite dient (auf S. 91–135 wird ein Einblick in sechs Rechtsordnungen gegeben). Eine vertiefte Analyse der einzelnen Rechtsordnungen geht über diesen Überblick hinaus und baut diesen weiter aus. Ferner wurden seit dem Bericht von *Leuschner/Meyer* die relevanten Normen, die Grenzen für Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB-Kontrolle aufzeigen, in England und in Frankreich reformiert.

hinterfragt. Die Analyse des Rechtsfluchtargumentes aus den verschiedenen Blickwinkeln des Kollisionsrechts, unter Heranziehung und Auswertung bestehender empirischer Daten für die Frage nach der Kausalität in der Rechtstatsächlichkeit und unternehmerischen Anreizfaktoren bei der Rechtswahl in Handelsverträgen wie auch der sachrechtliche Rechtsvergleich ermöglichen einen Gesamtblick in die Komplexität der verschiedenen Aspekte der Rechtsflucht im Zusammenhang mit der AGB-Reformdiskussion. Dadurch ergeben sich neue Erkenntnisse für die Reformfrage der §§ 305 ff. BGB für den B2B-Verkehr, dessen Konsequenzen herausgearbeitet und aufgezeigt werden. Mithin knüpft die Arbeit an den bestehenden wissenschaftlichen Diskurs bezüglich der Reformdiskussion des deutschen AGB-Rechts an und nimmt die Lücke der Analyse des Rechtsfluchtaspektes als Anlass zur Untersuchung.

Eine Reform des AGB-Rechts hätte weitreichende Auswirkungen, da sich aufgrund der Stellung des AGB-Rechts im „Allgemeinen Teil“ des Zivilrechts eine AGB-Reform auf alle Wirtschaftsbereiche auswirken würde.¹⁹ AGB werden in nahezu allen Bereichen des unternehmerischen Geschäftsverkehrs verwendet,²⁰ sodass eine Reform der §§ 305 ff. BGB Auswirkungen auf all diese Bereiche hätte. Selbst in umfangreichen und wirtschaftlich bedeutsamen Einzelverträgen, wie im M&A-Bereich und im Großanlagen- und Systemgeschäft, werden elektronisch gespeicherte Musterverträge und Textbausteine verwendet.²¹ Insbesondere Haftungsausschlussklauseln haben dabei im unternehmerischen Rechtsverkehr eine hohe Bedeutung.²² Gründe für das Bedürfnis nach Haftungsbeschränkungen sind dabei, dass die Haftungsrisiken außer Verhältnis zum Vertragswert stehen, die Unternehmen die Haftungsbeschränkungen ihrer eigenen Lieferanten, Dienstleister, Subunternehmer etc. weiterreichen müssen und eine Quantifizierbarkeit der Haftungsrisiken für die Preiskalkulationen der Unternehmen erforderlich ist.²³ Insbesondere in

¹⁹ Ebenso *Herber*, *TranspR* 2018, 295, 297.

²⁰ *Berger / Kleine*, *BB* 2007, 2137, 2137; *Wendland*, *Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit* (2019), S. 285 ff.

²¹ *Lischek / Mahnken*, *ZIP* 2007, 158, 158.

²² Vgl. bspw. empirische Daten der Studie *Leuschner / Meyer*, *AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen*, Abschlussbericht (BMJV) 2014: In der Umfrage an die Unternehmen gaben in Frage 21 79,0 % der befragten 1.220 deutschen Unternehmen an, dass es für ihr Unternehmen als Anbieter gegenüber seinen Kunden wichtig (31,0 %) bzw. sehr wichtig (48,0 %) sei, die Haftung zu beschränken (S. 249, Abbildung 48). In der Umfrage an die Schiedsexperten gaben in Frage 9a diese als am häufigsten betroffenen Grund für die AGB-Einrede „Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse“ an (S. 203, Abbildung 14). Zur erheblichen praktischen Bedeutung von Haftungsausschlussklauseln: *Christensen*, in: *Ulmer / Brandner / Hensen*, *AGB-Recht*, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 7 BGB Rn. 4.

²³ Dieses waren bspw. die von den befragten Unternehmen meist benannten Gründe für ihr Bedürfnis nach Haftungsbeschränkungen ggü. ihren Kunden in: *Leuschner / Meyer*,

grenzüberschreitenden Handelsverträgen stellt eine Vertragsgestaltung in Form von AGB die Norm dar.²⁴

Die Reformdiskussion trifft Grundfragen einer Rechtsordnung, namentlich das Spannungsfeld zwischen einerseits Privatautonomie und Vertragsfreiheit und andererseits dem Schutz des auf dem Markt Unterlegenen vor einer Ausnutzung der Marktmacht durch den Stärkeren.²⁵ Die rechtspolitische und allgemein gesellschaftliche Dimension der Diskussion zeigt nicht zuletzt auch das wiederholte Auftauchen der Reformdebatte in den Massenprintmedien der Tageszeitung.²⁶ Es ist von hoher Relevanz für ein Rechtssystem, die Interessen der Beteiligten in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Ändern sich die Gegebenheiten der Praxis oder die Rechtsprechung in derartiger Weise, dass sich Unzufriedenheit verbreitet, so ist es Aufgabe des Gesetzgebers, zu reagieren und tätig zu werden. Die derzeitige Diskussion²⁷ und Forderungen der Praxis geben Anlass, die Thematik der Reformdiskussion im Zusammenhang mit dem erhobenen Argument der Rechtsflucht näher zu beleuchten. Zudem entfachen stets neue BGH-Entscheidungen die Reformdebatte, indem sie die Anforderungen an das Vorliegen einer „Individualvereinbarung“ gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB sowie die Anforderungen der Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB konkretisieren und dabei nach Ansicht der Reformbefürworter erhöhen.²⁸ Diese erschweren den Reformbefürwortern zufolge ein Entkommen aus dem

AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Frage 21a (Umfrage an Unternehmen), S. 250 (Abbildung 49).

²⁴ *Mankowski*, Hamburg Law Review 2016, 52, 52.

²⁵ Ebenso auf diese Grundlagen des geltenden Privatrechts verweisen *Dauner-Lieb / Axer*, ZIP 2010, 309, 312; *Staudinger / Coester*, 2013, § 307 BGB, Rn. 2.

²⁶ Siehe bspw. *FAZ-Wirtschaftsressort*, „Die Wirtschaft klagt über zu wenig Vertragsfreiheit“, *Wirtschaft*, FAZ, 17.12.2018, S. 17; *Müller*, „Zu viel Kontrolle des Kleingedruckten“, *Recht und Steuern*, FAZ, 6.12.2017, S. 18; *Jahn*, „Firmen fordern von Politik und Justiz Vertragsfreiheit“, *Recht und Steuern*, FAZ, 27.1.2012; *Abels*, „Gerichte zerstören Vertrauen“, *FAZ*, *Recht und Steuern*, 7.8.2007.

²⁷ So bspw. Tagungen, wie das „Law – Made in Germany Symposium“ in Stuttgart am 13. September 2016 des Deutsche Anwaltverein gemeinsam mit dem DAV-Landesverband Baden-Württemberg und dem Anwaltverein Stuttgart, verdeutlichen die Aktualität und Bedeutung des Themas. Siehe außerdem zur Reformdiskussion die in Fn. 4 benannten Beiträge.

²⁸ Zuletzt BGH, Urt. v. 13.3.2018 – XI ZR 291/16, NJW-RR 2018, 814; BGH, Urt. v. 15.2.2017 – IV ZR 91/16, NJW 2017, 2346; BGH, Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, ZIP 2016, 474; BGH, Urt. v. 20.3.2014 – VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326–337. Außerdem zuvor bereits u.a. bzgl. § 305 Abs. 1 S. 1, 3 BGB: BGH, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, ZIP 2010, 628; BGH, Urt. v. 19.5.2005 – III ZR 437/04, NJW 2005, 2543; BGH, Urt. v. 3.11.1999 – VIII ZR 269/98, NJW 2000, 1110; sowie bzgl. § 307 BGB: BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12, NJW 2013, 856; BGH, Urt. v. 20.12.2007 – III ZR 144/07, NJW 2008, 987; BGH, Urt. v. 5.10.2005 – VIII ZR 16/05, BGHZ 164, 196; BGH, Urt. v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496; BGH, Urt. v. 23.1.2003 – VII ZR 210/01, NJW 2003, 1805.

Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle für Unternehmen im B2B-Verkehr im deutschen Recht und gäben daher Anlass zur Rechtsflucht. Zusätzliche Aktualität bekommt die Reformdebatte durch die Erwähnung des AGB-Rechtsdiskurses im Koalitionsvertrag aus März 2018.²⁹

B. Gang und Methodik der Untersuchung

Ziel der Arbeit ist, das Argument der Rechtsflucht und dessen Wichtigkeit in den Überlegungen zur AGB-Reform im deutschen Recht kritisch zu hinterfragen und zu analysieren. Ob sich ein erhöhter Reformbedarf im deutschen AGB-Recht aufgrund unternehmerischer Rechtsflucht in (internationalen) Handelsverträgen ergibt, gilt es zu untersuchen. Die Struktur der Arbeit ergibt sich aus den eingangs aufgezeigten Fragen, die das Argument der Rechtsflucht auslöst und die auf die kollisionsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsflucht, die praktische Relevanz der Rechtsflucht aufgrund des AGB-Rechts und bestehende Alternativen zur AGB-Kontrolle in anderen Rechtsordnungen gerichtet sind. Um die aufgeworfenen Fragen zu beantworten bedient sich die Arbeit verschiedener Methoden in den einzelnen Kapiteln.

Vor einer Analyse der drei aufgeworfenen Fragen beginnt die Arbeit mit einer strukturierenden Darstellung des bestehenden rechtlichen Rahmens der AGB-Kontrolle für Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr in Deutschland und den Argumenten und Akteuren der bestehenden Reformdiskussion. Erste Auffälligkeiten werden herausgestellt (Kapitel 1).

Dem folgt eine Analyse der Frage, in welchen Vertragskonstellationen vor dem deutschen AGB-Recht in unternehmerischen Verträgen nach Maßgabe des Kollisionsrechts geflüchtet werden kann. Diese Frage wird durch eine Untersuchung des deutschen, des englischen post-Brexit- und des Schweizer Kollisionsrechts erörtert. Dabei werden die kollisionsrechtlichen Grenzen vor staatlichen Gerichten und vor Schiedsgerichten herausgearbeitet (Kapitel 2).

Im Anschluss wird das Bestehen einer Kausalität – und nicht nur einer Korrelation – zwischen dem AGB-Recht und der Rechtsflucht hinterfragt. Dabei wird der Einfluss des AGB-Rechts bei der unternehmerischen Rechtswahl in Handelsverträgen erörtert und ob tatsächlich wegen der deutschen AGB-Kontrolle für den unternehmerischen Rechtsverkehr in Handelsverträgen in ausländische Rechtsordnungen geflüchtet wird. In diesem Kapitel wird somit eine oft behauptete Ursächlichkeit zwischen einer Auslandsrechtswahl und der AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB hinterfragt. Die Beweggründe der Unternehmen bei ihrer Rechtswahl in Handelsverträgen werden unter Heranziehung

²⁹ Koalitionsvertrag vom 12. März 2018 zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 131.

wirtschaftlich-rationaler Argumente sowie unter Auswertung empirischer Daten aus Umfragen an europäische Unternehmen analysiert (Kapitel 3).

Sodann folgt eine Analyse der Frage nach dem konkreten Nutzen einer Rechtsflucht für Unternehmen und ob deren Ziel, einen liberaleren Umgang der AGB-Kontrolle hinsichtlich Haftungsbeschränkungsklauseln in unternehmerischen Verträgen zu erhalten, überhaupt erreicht wird. Es wird die Handhabung von Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB in den Rechtsordnungen Englands, der Schweiz und Frankreichs herausgearbeitet und mit der deutschen Rechtsordnung verglichen (Kapitel 4).

In einem abschließenden Kapitel werden die Konsequenzen der Analyseergebnisse der vorangegangenen Kapitel auf die Frage der AGB-Reform herausgearbeitet. Es wird darauf eingegangen, welche Anreize für einen Staat überhaupt bestehen, ein attraktives und in unternehmerischen Handelsverträgen viel gewähltes Vertragsrecht bereitzustellen, und welche Konsequenzen sich aus den gefundenen Analyseergebnissen für den deutschen Gesetzgeber bezüglich der Reformüberlegung der §§ 305 ff. BGB ergeben (Kapitel 5).

Die Arbeit soll einen Beitrag zur Erarbeitung einer angemessenen Abwägung und Lösungsfindung im Umgang mit dem Argument der Rechtsflucht im Zusammenhang mit der aktuellen Reformdiskussion bezüglich des deutschen AGB-Rechts beisteuern. Durch eine kritisch hinterfragende Analyse des Rechtsfluchtargumentes will die Arbeit neue Blickwinkel und Erkenntnisse in die Diskussion um die Reform der deutschen AGB-Kontrolle für den unternehmerischen Rechtsverkehr ermöglichen. Die Untersuchung umfasst nicht die gesamte Reformdebatte des AGB-Rechts, sondern konzentriert sich auf das komplexe Argument der Rechtsflucht und der sich daraus ergebenden Fragen als ein Argument aus der Reformdiskussion. Alles andere würde den Rahmen der Arbeit sprengen und sich zulasten der Tiefe der Analyse auswirken.

Kapitel 1

Ausgangslage

Das deutsche AGB-Recht stellt einen wichtigen Grundstein des Vertragsrechts dar und findet auf Verträge aller Art Anwendung. Es zeigt mit seinen Regelungen zur Vertragsfreiheit und deren Grenzen den rechtlichen Grundkonflikt zwischen den Grundwerten des Rechts, der Freiheit und der Gleichheit auf.¹ Bevor in dieser Arbeit erörtert werden kann, ob das deutsche AGB-Recht im Hinblick auf Haftungsbeschränkungs- und -ausschlussklauseln in unternehmerischen Verträgen zu streng ist und deswegen die deutsche Rechtsordnung in unternehmerischen Verträgen gemieden wird, soll hier zunächst auf die derzeit geltende rechtliche Ausgangslage des deutschen Rechts eingegangen werden. Es werden die Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten in AGB-Klauselwerken im unternehmerischen Rechtsverkehr² erörtert, um anschließend weiter auf die Frage eingehen zu können, ob die deutsche Rechtsordnung aufgrund des deutschen AGB-Rechts einem Rechtsfluchtrisiko unterliegt und dies ein Grund für einen Reformbedarf der §§ 305 ff. BGB bedeutet.

Die heute bestehende AGB-Kontrolle in Form der §§ 305 ff. BGB ist historisch gewachsen. Das zunächst durch Rechtsprechung entwickelt deutsche AGB-Recht wurde erstmals durch das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976³ (AGBG) kodifiziert.⁴ Zuvor überprüfte das Reichsgericht (RG) den durch AGB festgelegten

¹ Zum rechtlichen Grundkonflikt *Mankowski*, Rechtskultur (2016), S. 447 f.

² Die Frage, ob ein Vertrag im unternehmerischen Rechtsverkehr, d.h. zwischen zwei (oder mehr) Unternehmen, geschlossen worden ist und mithin ein „unternehmerischer Vertrag“ bzw. „B2B-Vertrag“ vorliegt, richtet sich im deutschen Recht nach der Unternehmereigenschaft der Vertragsparteien gem. § 14 BGB. Ein Unternehmer ist gemäß § 14 Abs. 1 BGB dadurch gekennzeichnet, dass er den Vertrag in Ausübung seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit abschließt. S.a. *MüKo / Basedow*, 8. Aufl. 2019, § 310 BGB, Rn. 67 ff.

³ Gesetz zur Regelung des Rechts allgemeiner Geschäftsbedingungen v. 10.11.1976, BGBI I 3317; Entwurf und Begründung, BT-Drs. 7/3919; seit 1.4.1977 in Kraft, vgl. § 30 AGBG.

⁴ *Staudinger / Schlosser*, 2013, Vorbem zu §§ 305 ff BGB, Rn. 1; *Fuchs*, in: *Ulmer / Brandner / Hensen*, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, Vor § 307 BGB Rn. 16; ausführlich zur Gesetzgebungsarbeit für das AGBG siehe *Staudinger / Mäsch*, 2019, Vorbem zu §§ 305 ff BGB, Rn. 9 ff.; zur rechtsgeschichtlichen Grundlage der AGB-Kontrolle bzw. vertraglichen Inhaltskontrolle ausführlich siehe *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit (2019), S. 335–358.

Vertragsinhalt nur dann auf seine Angemessenheit, wenn der Unternehmer dem Kunden die AGB in Ausnützung einer Monopolstellung aufgezwungen hatte,⁵ oder später auch, wenn der Unternehmer „ein für den Verkehr unentbehrliches Gewerbe“ betrieb,⁶ und stützte die Nichtigkeit der Klausel in solchen Fällen auf § 138 BGB.⁷ Der BGH folgte der Auffassung des RG zur AGB-Kontrolle und stellte in seinem Urteil aus 1956 auf die „Ausnutzung [der] [...] bevorzugten Stellung gegen die guten Sitten“ ab, um eine Haftungsfreistellungsklausel für eigenes Verschulden, das der Organe und das der leitenden Angestellten in AGB für unwirksam zu erklären.⁸ Sodann dehnte der BGH die richterliche AGB-Kontrolle aus.⁹ In einer Entscheidung aus 1962 hat der BGH die AGB-Kontrolle erstmals neben § 138 BGB auch auf § 242 BGB und auf den Schutzgedanken des § 315 BGB gestützt und hat angenommen, dass AGB-Klauseln auch die Anerkennung zu versagen sei, wenn dadurch die Rechtsposition der Parteien grob einseitig geregelt würden oder dem AGB-Kunden ein unzumutbares Risiko auferlegt würde.¹⁰ Diese Grundsätze wurden im AGBG von 1976 niedergelegt, das den Schutzzweck verfolgte, ein ausreichendes Maß an Vertragsgerechtigkeit auch bei Verträgen, die unter Verwendung von AGB geschlossen wurden, sicherzustellen und so die Anforderungen an eine sozialstaatliche Ordnung gem. Artt. 20, 28 GG zu erfüllen.¹¹ Den Untergerichten sollte ein verbindlicher gesetzlicher Maßstab für die Inhaltskontrolle an die Hand gegeben werden.¹² Die bis dahin

⁵ Z.B. RGZ 62, 264 (266), in dem das RG bezüglich eines Haftungsausschlusses bei der Benutzung einer Wasserstraße feststellt: „Wo der einzelne eine ihm tatsächlich zustehendes Monopol oder den Ausschluß einer Kokurrenzmöglichkeit dazu mißbraucht, dem allgemeinen Verkehr unbillige, unverhältnismäßige Opfer aufzuerlegen, unbillige und unverhältnismäßige Bedingungen vorzuschreiben, da können dieselben rechtliche Anerkennung nicht finden. Dieser allgemeine Grundsatz, welchen das Reichsgericht wiederholt zur Geltung gebracht hat, trifft insbesondere auf den vertragsmäßigen Ausschluß einer nach dem Gesetz bestehenden Haftung dann zu, wenn dem Publikum die anderweite Wahrung seiner Interessen nicht möglich und dasselbe daher gezwungen ist, sich den gestellten Bedingungen zu unterwerfen.“

⁶ RGZ 103, 82 (83); RGZ 115, 218 (219 f.).

⁷ MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff BGB, Rn. 12.

⁸ BGH, Urt. v. 13.3.1956 – I ZR 132/54 = BGH NJW 1956, 1065, 1066 f.; ebenso MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff BGB, Rn. 12.

⁹ Ausdehnung der AGB-Kontrolle durch BGH, Urt. v. 29.10.1962 – II ZR 31/61 = BGHZ 38, 183 (186) = NJW 1963, 99; vgl. so auch MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff BGB, Rn. 12.

¹⁰ BGH, Urt. v. 29.10.1962 – II ZR 31/61 = BGHZ 38, 183 (186) = NJW 1963, 99, 100; vgl. Hinweis hierauf auch in MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff BGB, Rn. 12.

¹¹ Palandt / Grüneberg, 80. Aufl. 2021, Überbl v § 305 BGB, Rn. 7; Staudinger / Schlosser, 2013, Vorbem zu §§ 305 ff BGB, Rn. 2 ff.

¹² Pfeiffer, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 7.

zersplitterte und teilweise uneinheitliche Rechtsprechung sollte durch das AGBG geordnet und durch Gesetzeskraft gestärkt werden.¹³

Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von 2001¹⁴ wurde das AGBG schließlich im Jahr 2002 durch Neuregelungen in die Vorschriften der §§ 305 ff. in das BGB aufgenommen.¹⁵ Der Gesetzgeber betonte hierbei, dass es Ziel und Zweck einer AGB-Kontrolle sei, „[...] sicherzustellen, dass die Parteien ihre grundsätzliche Freiheit, von den Vorschriften des Schuldrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch abzuweichen, nicht missbrauchen.“¹⁶ Im Zusammenhang mit diesen Gesetzgebungsarbeiten äußerte der Bundesrat bereits seine Bedenken, dass er aufgrund der Entwicklung der Kontrolle von AGB zwischen Unternehmen einen zunehmenden Druck zum Ausweichen auf ausländisches Recht befürchte, was nicht Ziel des deutschen Gesetzgebers sein könne.¹⁷ Das Argument des Risikos einer Rechtsflucht klang hier somit bereits an.

In welchem Rahmen zur derzeitigen Rechtslage nach Maßgabe der §§ 305 ff. BGB Haftungsbeschränkungs- und -ausschlussklauseln in AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr wirksam möglich sind, wird nachfolgend herausgearbeitet (Buchst. A). Dem folgt eine Erörterung der bestehenden Reformdiskussion bezüglich des deutschen AGB-Rechts zwischen Unternehmen, in der auf die verschiedenen Diskutanten, deren Argumente und bereits erfolgten Reformvorschläge eingegangen wird (Buchst. B).

A. Grenzen der §§ 305 ff. BGB für Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB in unternehmerischen Verträgen

Vorliegende Arbeit konzentriert sich auf die Analyse der Haftungsausschluss- und -beschränkungsklauseln in AGB in unternehmerischen Verträgen und lässt andere Grenzen der AGB-Inhaltskontrolle außer Betracht. Der Mangel an durchsetzbaren Haftungsausschlussklauseln ist ein Hauptargument der Reformbefürworter in der Diskussion um das deutsche AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr und soll daher untersucht werden. Die Reformbefürworter kritisieren, dass es Unternehmen unter den §§ 305 ff. BGB kaum möglich sei, wirksam Haftungsbeschränkungs- oder -ausschlussklauseln zu

¹³ Pfeiffer, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 7.

¹⁴ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl I 3138.

¹⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 149–161; Palandt / Grüneberg, 80. Aufl. 2021, Überbl v § 305 BGB, Rn. 1; Fuchs, in: Ulmer / Brandner / Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, Vor § 307 BGB Rn. 17; Soergel / Fritzsche, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 305 ff BGB, Rn. 13.

¹⁶ BT-Drs. 14/6040, S. 149.

¹⁷ BT-Drs. 14/6857, S. 17; ebenfalls Verweis hierauf im Zusammenhang mit Diskussion möglicher Reformideen in Leyens / Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 793.

vereinbaren und sehen darin einen Anreiz für Unternehmen, in B2B-Verträgen in ausländische Rechtsordnungen zu flüchten. Darüber hinaus begründet sich die Konzentration der Analyse auf Haftungsbeschränkungsklauseln darin, dass diesen im unternehmerischen Rechtsverkehr eine besonders hohe Bedeutung zukommt.¹⁸ Gründe für das Bedürfnis der Unternehmen nach Haftungsbeschränkungen sind, dass die Haftungsrisiken außer Verhältnis zum Vertragswert stehen, die Unternehmen die Haftungsbeschränkungen ihrer eigenen Lieferanten, Dienstleister, Subunternehmer etc. weiterreichen müssen und eine Quantifizierbarkeit der Haftungsrisiken für die Preiskalkulationen der Unternehmen erforderlich ist.¹⁹ Empirischen Daten zufolge sind unter den Haftungsbeschränkungen insbesondere summenmäßige Beschränkungen der Haftung und der Ausschluss der Haftung für mittelbare Schäden, insbesondere entgangenen Gewinn, sowie der Ausschluss der Haftung für (bestimmte Formen der) Fahrlässigkeit bedeutsam.²⁰

In diesem Abschnitt werden der Maßstab und die Grenzen, die die deutsche AGB-Kontrolle Haftungsbeschränkungsklauseln in B2B-Verträgen setzt, analysiert. Hierzu wird zunächst im Vergleich die Ausgangslage der Haftungsfreizeichnungsmöglichkeiten in Individualvereinbarungen skizziert (Ziff. I). Für die anschließende Analyse der Wirksamkeit von Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB in unternehmerischen Verträgen im deutschen Recht wird zuerst der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle erörtert, da dieser die erste Ausweichmöglichkeit vor der Kontrolle der §§ 305 ff. BGB ist (Ziff. II). Sodann werden die Grenzen der Inhaltskontrolle des AGB-Rechts im B2B-Verkehr für Haftungsbeschränkungsklauseln (Ziff. III) und die Rechtsfolge unwirksamer Klauseln als Konsequenz eines Verstoßes gegen das AGB-Recht aufgezeigt (Ziff. IV).

¹⁸ Vgl. empirische Daten der Studie *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Frage 21 (Umfrage an Unternehmen), S. 249 (Abbildung 48). So gaben 79,0 % der befragten 1.220 deutschen Unternehmen an, dass es für ihr Unternehmen als Anbieter gegenüber seinen Kunden wichtig (31,0 %) bzw. sehr wichtig (48,0 %) ist, die Haftung zu beschränken.

¹⁹ Dieses waren bspw. die von den befragten Unternehmen meist benannten Gründe für ihr Bedürfnis nach Haftungsbeschränkungen gegenüber ihren Kunden. Siehe: *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Frage 21a (Umfrage an Unternehmen), S. 250 (Abbildung 49).

²⁰ Dies waren die meistbenannten Haftungsbeschränkungsformen der befragten Unternehmen der Studie *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Frage 21b (Umfrage an Unternehmen), S. 251 (Abbildung 50) auf die Frage: „Welche Formen der Haftungsbeschränkungen erachten Sie als besonders wichtig für Ihr Unternehmen?“. Gleichfalls waren dies die meistbenannten Haftungsbeschränkungsformen der befragten Unternehmen ders. Studie auf die Frage: „Welche Formen von Haftungsbeschränkungen werden gegenüber Ihrem Unternehmen als Abnehmer verwandt?“ (Frage 26a (Umfrage an Unternehmen), S. 267 (Abbildung 63)).

I. Haftungsfreizeichnungsmöglichkeiten in Individualvereinbarungen im unternehmerischen Verkehr

Im deutschen Recht richten sich die Grenzen individualvertraglicher Haftungsausschlüsse und Haftungsbeschränkungsklauseln nach Maßgabe der §§ 276, 278 BGB, die die Verantwortlichkeit des Schuldners generell (§ 276 BGB) und die Verantwortung des Schuldners für Dritte, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient oder seiner gesetzlichen Vertreter (§ 278 BGB) regeln. Bei der Haftungsfreizeichnung wird nach dem Verschuldensgrad, der Verschuldensperson und der Bedeutung und Art der Pflichtverletzung unterschieden.²¹ So hat der Schuldner grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist, vgl. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB. Bei der Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte hat der Schuldner grundsätzlich ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, derer er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden, vgl. § 278 S. 1 BGB.

Dabei erlaubt § 276 BGB in einem weiten Umfang individualvertragliche Haftungsfreizeichnungen.²² Einzig kann der Schuldner seine Haftung für eigenes Verschulden für Vorsatz im Voraus nicht abbedingen, § 276 Abs. 3 BGB. Im Gegensatz hierzu kann der Schuldner die Haftung durch eine Haftungsausschlussklausel für das Verschulden der in § 278 S. 1 BGB benannten Dritten für Vorsatz im Voraus begrenzen, § 278 S. 2 BGB.²³

Diese weitreichenden Haftungsfreizeichnungsmöglichkeiten sind für Individualvereinbarungen im deutschen Recht grundsätzlich nicht weiter beschränkt. Nach den §§ 276, 278 BGB ist es somit zulässig, dass der Schuldner sich von der Haftung für den Vorsatz seiner Erfüllungsgehilfen und erst recht für alle Formen der ihnen zur Last fallenden Fahrlässigkeit im Voraus freizeichnet.²⁴ Für AGB gelten jedoch die §§ 305 ff. BGB, die Grenzen der Zulässigkeit für Haftungsfreizeichnungsklauseln vorgeben. Für Haftungsfreizeichnungsfragen hat dabei § 309 Nr. 7 BGB eine besondere Bedeutung.

II. Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle

Wann Vertragsklauseln unternehmerischer Verträge der Kontrolle der §§ 305 ff. BGB unterliegen, ist für das Bestimmen der Grenze der ersten Aus-

²¹ In Bezug auf § 309 Nr. 7 BGB zu dieser Differenzierung in Fallgruppen: MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 37.

²² Zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen und dessen Grenzen: Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 276 BGB, Rn. 35.

²³ Vgl. so auch MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 1; *Christensen*, in: Ulmer / Brandner / Hensen, *AGB-Recht*, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 7 BGB Rn. 2.

²⁴ MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 1.

weichoptionen vor der AGB-Kontrolle anhand deren Anwendungsbereich bedeutsam. Die Anwendung der Kontrolle der §§ 305 ff. BGB hat gem. § 305 Abs. 1 BGB fünf Voraussetzungen:²⁵ (1) Es muss sich um Vertragsbedingungen handeln, die (2) für eine Vielzahl von Fällen (3) im Voraus formuliert sind und (4) die Bedingungen müssen von einer Vertragspartei „gestellt“ worden sein. Negativ wird zusätzlich verlangt, dass (5) die Bedingungen nicht „im Einzelnen ausgehandelt“ wurden. Die Grenzen der AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB können Unternehmen folglich umgehen, wenn eine der Voraussetzungen des Anwendungsbereichs der AGB-Kontrolle nicht vorliegt. Dieses Umgehen der AGB-Kontrolle durch ein Ausweichen vor dem Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle wird in der Praxis vor allem über das Merkmal des Aushandelns versucht. Die aktuellere BGH-Rechtsprechung bezüglich der Anforderungen an ein „Aushandeln“ i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB wurde in jüngster Zeit stark kritisiert.²⁶ Nachfolgend werden die Voraussetzungen für die Anwendung der AGB-Kontrolle näher analysiert.

1. Vorformulierte Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen, § 305 Abs. 1, S. 1 BGB

Unternehmerische Vertragsklauseln unterliegen nur der Kontrolle der §§ 305 ff. BGB, wenn es sich bei ihnen um vorformulierte Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handelt. Vorformuliert sind Vertragsbedingungen bereits, wenn sie für eine mehrfache Verwendung aufgezeichnet oder in sonstiger Weise fixiert worden sind.²⁷ Die §§ 305 ff. BGB gelten bei einer solchen Absicht der Mehrfachverwendung bereits im ersten Verwendungsfall.²⁸ Gegenüber Unternehmen ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn die Vertragsbedingungen für eine mindestens dreimalige Verwendung beabsichtigt sind.²⁹ Dies kann auch am selben Tag und

²⁵ Siehe zur Auflistung der fünf Voraussetzungen auch: MüKo/Basedow, 8. Aufl. 2019, § 305 BGB, Rn. 1.

²⁶ Hierzu ausführlicher in Ausführungen zur Reformdiskussion unter Kapitel 1 – B.

²⁷ BGH, Urt. v. 3.4.1998 – V ZR 6/97 = NJW 1998, 2600, 2600; BeckOK BGB/Becker, 57. Ed., Stand: 1.2.2021, § 305 BGB, Rn. 17; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 305 BGB Rn. 21; Staudinger/Mäsch, 2019, § 305 BGB, Rn. 25.

²⁸ Palandt/Grüneberg, 80. Aufl. 2021, § 305 BGB, Rn. 9; Staudinger/Mäsch, 2019, § 305 BGB, Rn. 31.

²⁹ BGH, Urt. v. 27.9.2001 – VII ZR 388/00 = NJW 2002, 138; MüKo/Basedow, 8. Aufl. 2019, § 305 BGB, Rn. 18; Roloff/Looschelders, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 305 BGB, Rn. 11. Gegenüber Verbrauchern reicht bereits eine Vorformulierung zur einmaligen Verwendung aus, soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf den Inhalt der Bedingungen keinen Einfluss nehmen konnte, § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB.

gegenüber demselben Vertragspartner erfolgen.³⁰ Dabei ist die Definition der Vertragsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sehr weit und umfasst Formularverträge, auch wenn sie notariell beurkundet sind, sowie alle vorformulierten Vertragsbedingungen, ohne Rücksicht darauf, ob sie von einer Behörde genehmigt, im Zusammenwirken der beteiligten Interessenverbände aufgestellt, klar oder missverständlich formuliert, umfangreich oder knapp abgefasst, in gedruckter oder handschriftlicher Form niedergelegt sind.³¹ Somit unterliegen unternehmerische Verträge bereits bei ihrer ersten Verwendung der deutschen AGB-Kontrolle, wenn sie darauf angelegt sind, mehrfach (mindestens dreimalig) verwendet zu werden. Dies gilt auch, wenn dabei eine Partei auf die Vertragsbedingungen eines Interessenverbandes zurückgreift und diese dem Vertragspartner vorlegt. Die Vorformulierung muss nicht von dem Verwender selbst erfolgt sein, sondern kann auch von einem beliebigen Dritten ausgehen.³² Der BGH befand in einem Urteil aus Juli 2019 bezüglich der Vorformulierung in einem B2B-Baukostenmusterformular, dass „[...] trotz der Notwendigkeit, in den Vertragsbedingungen den Betrag der Baukosten einzusetzen und anzukreuzen, ob die Baukosten ‚brutto‘ oder ‚netto‘ vereinbart sein sollen, von vorformulierten Vertragsbedingungen auszugehen [sei].“³³ Gleichzeitig stellte er in derselben Entscheidung fest, dass hingegen eine Bezugnahme auf eine Vielzahl von Verträgen zu verneinen ist, wenn die Klausel ihren Regelungsgehalt erst durch das Einsetzen der Baukostensumme in die Lücke innerhalb der Klausel erhalte und diese Summe für das jeweilige Bauvorhaben, das heißt individuell, bestimmt wird.³⁴ Hierdurch konkretisierte der BGH die einzelnen Anforderungen für das Vorliegen von AGB und deren Abgrenzung zu Individualvereinbarungen weiter und zeigte im Ergebnis ein Exempel für kontrollfreie Individualvereinbarungen mangels Mehrverwendungsabsicht auf.

2. „Stellen“ von AGB, § 305 Abs. 1, S. 1 BGB

Zudem müssten AGB gem. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB von einer Vertragspartei gestellt sein, um der AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB zu unterliegen. Handelt es sich bei Vertragsbedingungen in einem Handelsvertrag nicht um gestellte Klauseln, so sind Haftungsausschluss- und -begrenzungsklauseln in

³⁰ BGH, Urt. v. 11.12.2003 – VII ZR 31/03 = NJW 2004, 1454; s.a. Palandt / Grüneberg, 80. Aufl. 2021, § 305 BGB, Rn. 9.

³¹ MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, § 305 BGB, Rn. 1 m.w.N.

³² Ulmer / Habersack, in: Ulmer / Brandner / Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 305 BGB Rn. 21 m.w.N.

³³ BGH, Urt. v. 11.7.2019 – VII ZR 266/17, Rn. 32 = m. Anm. Sommerfeld, EWiR 2020, 109 f.

³⁴ BGH, Urt. v. 11.7.2019 – VII ZR 266/17, Rn. 32 = m. Anm. Sommerfeld, EWiR 2020, 109 f.

einem weiteren Rahmen wirksam möglich. Eine Ausnahme zu „gestellten“ Vertragsklauseln sind ausgehandelte Vertragsklauseln. Wollen die Unternehmen ihre Haftungsbeschränkungsklauseln ohne die Kontrolle der §§ 305 ff. BGB durchbringen, müssen sie ihre Vertragsklauseln aushandeln i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB. Hier liegt der bedeutendste Scheideweg für die Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle. Wann liegt jedoch ein Stellen vor und wie ist es zu einem Aushandeln abzugrenzen?

Ein Stellen wird angenommen, wenn einer Partei die Vertragsgestaltungsmacht zuzurechnen ist und diese Vertragspartei die Vertragsbedingungen dem Vertragspartner einseitig auferlegt hat.³⁵ „Gestellt“ sind Vertragsbedingungen mithin immer, wenn es an den Voraussetzungen des Aushandelns i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB fehlt, der Verwender die Bedingungen also fertig in den Vertrag eingebracht hat und sie dem Kunden einseitig auferlegt hat, das heißt deren Einbeziehung verlangt hat.³⁶ Unerheblich ist dabei, ob der Verwender die Vertragsbedingung selbst entworfen hat.³⁷ Werden vorformulierte Vertragsbedingungen nicht einseitig auferlegt, sondern einvernehmlich verwendet – beispielsweise bei Verwendung branchenüblicher AGB (wie etwa die VOB) oder eines bestimmten Vertragsmusters (z. B. Formularkaufvertrag des ADAC) –, ist unklar, ob beide Parteien als Verwender anzusehen sind oder ob die Verwendereigenschaft bei keiner der beiden Parteien erfüllt ist.³⁸ Der BGH hat diesbezüglich entschieden, dass bei einer einvernehmlichen Verwendung eines bestimmten Formulartextes die Frage dahinstehen kann, ob beide oder keine der Parteien als Verwender i. S. v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB anzusehen ist.³⁹ Die Klauselkontrolle der §§ 305 ff. BGB finde keine Anwendung, da diese Bestimmungen, wie es im Wortlaut des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB ihren Ausdruck gefunden hat, darauf abzielen, die Rechtsbeziehungen zwischen einem Verwender und einer anderen Vertragspartei, nicht aber zwischen zwei Verwendern zu regeln.⁴⁰ Demnach kommt es auch bei Nutzung vorformulierter Vertragsbestimmungen oder Vertragsmuster nur darauf an, ob eine Partei das Klauselwerk vorgelegt hat (dann „Stellen“) oder ob die Parteien sich einvernehmlich auf die Einbeziehung der Vertragsbestimmungen geeinigt haben.⁴¹

³⁵ MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, § 305 BGB, Rn. 20 f.

³⁶ Palandt / Grüneberg, 80. Aufl. 2021, § 305 BGB, Rn. 10; MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, § 305 BGB, Rn. 21.

³⁷ BGH, Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, Rn. 24 = NJW 2016 1230, 1231; BeckOK BGB / Becker, 57. Ed., Stand: 1.2.2021, § 305 BGB, Rn. 26.

³⁸ MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, § 305 BGB, Rn. 26 f.

³⁹ BGH, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09 = BGHZ 184, 259, Rn. 21 = NJW 2010, 1131, 1133.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09 = BGHZ 184, 259, Rn. 21 = NJW 2010, 1131, 1133; vgl. auch MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, § 305 BGB, Rn. 27.

⁴¹ BeckOK BGB / Becker, 57. Ed., Stand: 1.2.2021, Rn. 26.

Demzufolge ist es für Unternehmen möglich, der AGB-Kontrolle zu entkommen, wenn sie einvernehmlich ein Klauselwerk eines Dritten, beispielsweise eines Wirtschaftsverbandes aus der betroffenen Branche, nutzen. Entscheidend ist für das Merkmal des Stellens, dass dieses nur dann umgangen werden kann, wenn kein einseitiges Auferlegen des Klauselwerkes stattgefunden hat. Diesen Maßstab haben Unternehmen bei der Vereinbarung beziehungsweise Festsetzung von Haftungsbeschränkungsklauseln in ihren Verträgen zu beachten.

3. Voraussetzungen für ein „Aushandeln“, § 305 Abs. 1 S. 3 BGB

Letztlich praxisrelevantestes Ausweichbeispiel vor dem Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB ist der Versuch, ein „Aushandeln“ in den Vertragsverhandlungen des Klauselwerkes nachzuweisen. „Aushandeln“ in das Gegenteil von „Stellen“.⁴² Gelingt es dem Unternehmen, das sich auf eine Haftungsausschlussklausel berufen will, ein „Aushandeln“ nachzuweisen, ist der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle auf die Klausel versperrt, da dann eine Individualvereinbarung vorliegt, die nicht der Kontrolle der §§ 305 ff. BGB unterfällt. Fraglich ist mithin, wie zwischen „ausgehandelten“ AGB und „gestellten“ Individualabreden differenziert wird.

a) Inhaltlicher Maßstab des Aushandelns

„Aushandeln“ i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB setzt mehr als „Verhandeln“ voraus.⁴³ „Aushandeln“ liegt nach gefestigter Rechtsprechung des BGH vor, wenn der Verwender den in seinen AGB enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen.⁴⁴ Entscheidend für die Annahme eines „Aushandelns“ ist dabei folgendes:

⁴² Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 305 BGB, Rn. 18.

⁴³ BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12 (*bring or pay I*) = NJW 2013, 856, Rn. 10; BGH, Urt. v. 22.10.2015 – VII ZR 58/14, Rn. 25 (*bring or pay II*) = NZBau 2016, 213, 215; Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 305 BGB, Rn. 20; MüKo / *Basedow*, 8. Aufl. 2019, § 305 BGB, Rn. 35; Staudinger / *Mäsch*, 2019, § 305 BGB, Rn. 52; bereits zu § 1 Abs. 2 AGBG: BGH, Urt. v. 3.11.1999 – VIII ZR 269/98 = NJW 2000, 1110, 1111.

⁴⁴ Siehe Rechtsprechung zu § 305 Abs. 1 S. 3 BGB: u.a. BGH, Urt. v. 5.6.2018 – XI ZR 790/16, Rn. 33 = NJW 2018, 2950, 2951 f.; BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12 (*bring or pay I*) = NJW 2013, 856, Rn. 10; BGH, Urt. v. 23.1.2003 – VII ZR 210/01 = NJW 2003, 1805, 1807. Rechtsprechung bereits zu § 1 Abs. 2 AGBG: u.a. BGH, Urt. v. 3.7.1985 – IVa ZR 246/83; BGH, Urt. v. 27.3.1991 – IV ZR 90/90 = NJW 1991, 1678, 1679; BGH, Urt. v. 16.7.1998 – VII ZR 9/97 = NJW 1998, 3488, 3489; BGH, Urt. v. 3.4.1998 – V ZR 6/97 = NJW 1998, 2600, 2601; BGH, Urt. v. 3.11.1999 – VIII ZR 269/98

„Vielmehr kann von ‚Aushandeln‘ nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst den in seinen AGB enthaltenen ‚gesetzesfremden‘ Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen.“⁴⁵

Der Kunde muss also die reale Möglichkeit erhalten, seine eigenen Interessen im Vertragstext durchzusetzen.⁴⁶ Für ein Aushandeln genügt es nicht, dass der Klauselverwender die Klausel, ohne ihren Kerngehalt ernsthaft zur Disposition zu stellen, ein wenig abschwächt.⁴⁷ Nimmt der Gegner die Möglichkeit, einen Alternativvorschlag zu unterbreiten nicht wahr und akzeptiert stattdessen das ursprünglich vorgeschlagene Klauselwerk, so ist das Klauselwerk nicht „gestellt“ i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB.⁴⁸ Unerheblich für die Frage der Anwendung der AGB-Kontrolle ist auch, ob der andere Vertragspartner vom Klauselverwender über die Bedeutung und Tragweite der vorformulierten Klauseln belehrt worden ist.⁴⁹ Die Frage, ob das Offenlassen von Ankreuzalternativen oder auszufüllender Leerräume Individualvereinbarungen sein könnten, verneinte der BGH jeweils.⁵⁰ Der Neunte Senat urteilte 1998, dass eine Lücke im Vertragstext, die in einem Bürgschaftsformular nur die gesicherte Forderung bezeichnen sollte, eine notwendige, unselbständige und nicht individuell ausgehandelte Ergänzung darstelle, die nichts an dem Charakter als vorformulierter Vertragsbestimmung ändere.⁵¹ In einer jüngeren Entscheidung aus dem Jahr 2017 genügte es dem BGH ebenfalls nicht für die Annahme einer Individualvereinbarung, dass eine Wahl zwischen bestimm-

= NJW 2000, 1110, 1111 f. S.a. MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, § 305 BGB, Rn. 35; Palandt / Grüneberg, 80. Aufl. 2021, § 305 BGB, Rn. 20; Staudinger / Mäsch, 2019, § 305 BGB, Rn. 52; Ulmer / Habersack, in: Ulmer / Brandner / Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 305 BGB Rn. 47.

⁴⁵ So bspw. in BGH, Urt. v. 27.3.1991 – IV ZR 90/90 = BGH NJW 1991, 1678, 1679.

⁴⁶ Graf von Westphalen, TranspR 2018, 268, 270.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 162/12, Rn. 30 = NJW 2013, 1431, 1432; Palandt / Grüneberg, 80. Aufl. 2021, § 305 BGB, Rn. 20.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09 = BGHZ 184, 259 = NJW 2010, 1131; MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, § 305 BGB, Rn. 21.

⁴⁹ Palandt / Grüneberg, 80. Aufl. 2021, § 305 BGB, Rn. 21 m.w.N. – anders als im Schweizer Recht, in dem eine solche Möglichkeit des Ausschlusses der Wirksamkeitskontrolle einer AGB-Klausel besteht, wenn auf die Klausel gesondert hingewiesen worden ist. Siehe hierzu im rechtsvergleichenden Teil zur Schweiz (Kapitel 4 – C).

⁵⁰ Zu ankreuzbaren Formularalternativen BGH, Urt. v. 15.2.2017 – IV ZR 91/16, mit Anm. Sommerfeld, EWiR 2017, 401; zu Leerräumen bzw. Lücken im Vertragstext bereits BGH, Urt. v. 2.7.1998 – IX ZR 255/97, Rn. 9 bei Juris = ZIP 1998, 1349; BGH, Urt. v. 6.4.2005 – VIII ZR 27/04, Rn. 15 bei Juris = NJW 2005, 1574; Graf von Westphalen, TranspR 2018, 268, 272 f.

⁵¹ BGH, Urt. v. 2.7.1998 – IX ZR 255/97, Rn. 9 bei Juris = ZIP 1998, 1349.

ten, von der anderen Seite vorgegebenen Formularalternativen bestand.⁵² Erforderlich sei vielmehr, dass, wenn schon auf die inhaltliche Gestaltung des vorgeschlagenen Formulartextes kein Einfluss genommen werden könne, der Vertragspartner des AGB-Verwenders in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei ist und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen.⁵³

Maßgeblich ist somit die tatsächliche Einflussmöglichkeit auf den gesetzfremden Kerngehalt des Klauselwerkes des Vertragspartners. Dies haben Unternehmen zu beachten, wenn sie dem Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB entgehen wollen.

b) *Aktuelle BGH-Rechtsprechung zum „Aushandeln“*

Dieser Grundsatz wurde seitdem bestätigt und durch aktuelle Rechtsprechung in den Details ergänzt. Es gelangten verschiedene B2B-Vertragskonstellationen vor den BGH, in denen dieser jeweils am Einzelfall entscheiden musste, ob ein „Aushandeln“ i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB anzunehmen war. Dabei steht die jüngere BGH-Rechtsprechung zum unternehmerischen Rechtsverkehr bezüglich des „Aushandelns“ durch die Befürworter einer AGB-Reform unter Kritik. Bezug genommen wird bei diesem Vorwurf insbesondere auf die *bring or pay I*-Entscheidung aus November 2012⁵⁴ und die *bring or pay II*-Entscheidung aus Oktober 2015^{55,56}. Aber auch weitere Entscheidungen aus März 2014, Januar 2016 und Juli 2017 ergänzen die Rechtsprechung des BGH zum „Aushandeln“ in weiteren Details. Die Konstellationen und Rechtsaussagen, die der BGH in diesen Entscheidungen trifft und die die Reformdiskussion zuletzt befeuert haben, sehen wie folgt aus.

In der *bring or pay I*-Entscheidung hat der Siebte Senat ausgeführt:

„Nicht ausreichend [für ein ernsthaftes zur Dispositionstellen] ist insoweit, dass die Parteien nach dem Sachvortrag der Klägerin ausführlich über den Vertrag verhandelt haben und die Beklagte den abgestimmten Vertragsentwurf erst nach intensiver juristischer Prüfung gebilligt hat.“⁵⁷

Reformbefürworter kritisieren, dass der in der Entscheidung zugrunde gelegte Anforderungsmaßstab, um in den Bereich einer kontrollfreien Individualver-

⁵² BGH, Urt. v. 15.2.2017 – IV ZR 91/16, Rn. 9 bei Juris = NJW 2017, 2346.

⁵³ BGH, Urt. v. 15.2.2017 – IV ZR 91/16, Rn. 9 bei Juris = NJW 2017, 2346.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12 (*bring or pay I*) = NJW 2013, 856.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 22.10.2015 – VII ZR 58/14 (*bring or pay II*) = NZBau 2016, 213.

⁵⁶ So bspw. Müller, TranspR 2018, 276, 277, 279.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12 (*bring or pay I*), Rn. 13 bei Juris = NJW 2013, 856.

einbarung zu gelangen, der der Entscheidung zufolge mehr als ein ausführliches Verhandeln erfordere, für die Praxis nicht erreichbar sei.⁵⁸

In einem weiteren Urteil aus März 2014⁵⁹ erteilte der Siebte Senat des BGH einem Versuch der Parteien, sich aus dem Anwendungsbereich der Klauselkontrolle der §§ 305 ff. BGB zu winden, eine Absage.⁶⁰ In der Sache hatten zwei Unternehmen, die Parteien eines Generalunternehmervertrages waren, eine Bestätigung in das Verhandlungsprotokoll aufgenommen, in der festgehalten wurde, dass die Klauseln ausgehandelt worden seien.⁶¹ Diesen Ausweichversuch lehnte der BGH ab.

Sodann stellte der BGH in einer Entscheidung aus Oktober 2015, der sog. *bring or pay II*-Entscheidung⁶² fest, dass es für ein Aushandeln auch nicht ausreichend sei, wenn die für den Vertragspartner des Verwenders nachteilige Wirkung der Klausel im Zuge von Verhandlungen zwar abgeschwächt, der gesetzesfremde Kerngehalt der Klausel vom Verwender jedoch nicht ernsthaft zur Disposition gestellt wird. Der Siebte Senat statuiert:

„Ein Aushandeln liegt nicht vor, wenn die für den Vertragspartner des Verwenders nachteilige Wirkung der Klausel im Zuge von Verhandlungen zwar abgeschwächt, der gesetzesfremde Kerngehalt der Klausel vom Verwender jedoch nicht ernsthaft zur Disposition gestellt wird [...].“⁶³

In dem betroffenen Fall bezüglich eines Vertrages über die Lieferung und Verwertung von Restabfällen zwischen zwei Unternehmen war es dem Vertragspartner des Klauselverwenders im Rahmen der Vertragsverhandlungen gelungen, die vorformulierte Vertragsbedingung des Müllverbrennungsunternehmens über eine Pauschale dahin zu modifizieren, dass im Falle der nicht vollständigen Erfüllung der übernommenen Lieferverpflichtung lediglich ein Betrag i.H.v. 30 Euro je Tonne Abfall anstatt i.H.v. 115 Euro zu zahlen war.⁶⁴ Die Parteien hatten mithin die ursprüngliche Zahlungsverpflichtung

⁵⁸ So Müller, TranspR 2018, 276, 279.

⁵⁹ BGH, Urt. v. 20.3.2014 – VII ZR 248/13 = BGHZ 200, 326–337 = NJW 2014, 1725 ff.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 20.3.2014 – VII ZR 248/13 = BGHZ 200, 326 = NJW 2014, 1725.

⁶¹ Die Klausel lautete: „Der AN bestätigt ausdrücklich, dass im Rahmen der vergangenen Verhandlungen zum GU-Vertrag über jede Vertragsklausel ausgiebig und ernsthaft mit dem AG diskutiert und verhandelt wurde. Der AN ist sich daher mit dem AG darüber einig, dass es sich bei dem geschlossenen Generalunternehmervertrag um einen Individualvertrag handelt.“, BGH, Urt. v. 20.3.2014 – VII ZR 248/13 = BGHZ 200, 326 = NJW 2014, 1725, 1727.

⁶² BGH, Urt. v. 22.10.2015 – VII ZR 58/14 (*bring or pay II*), Rn. 25 bei Juris = NZBau 2016, 213, 215.

⁶³ BGH, Urt. v. 22.10.2015 – VII ZR 58/14 (*bring or pay II*), Rn. 26 bei Juris = NZBau 2016, 213.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 22.10.2015 – VII ZR 58/14 (*bring or pay II*), Rn. 26 bei Juris = NZBau 2016, 213, 215.

pro fehlender Abfalltonne von 115 Euro der Klauseln der Müllverbrennungsanlage auf 30 Euro je Tonne heruntergehandelt.⁶⁵ Dem BGH genügte dies nicht für ein „Aushandeln“ i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB.⁶⁶ Somit ließ der BGH es auch nicht für ein Aushandeln ausreichen, wenn der Verwender der AGB im Zuge von Verhandlungen die Klausel zwar abschwächt, aber der gesetzesfremde Kerngehalt dabei bestehen bleibt. Auch im B2B-Verkehr handele es sich hierbei dem BGH zufolge nicht um eine Individualvereinbarung. Obwohl Änderungen im Klauselwerk aufgrund von Verhandlungen vorgenommen worden sind, hat der BGH keine Individualvereinbarung, sondern das Vorliegen von AGB, angenommen. Diese Entscheidung wird bereits als besonders einschneidend für den unternehmerischen Verkehr gerügt und erhält Kritik, dass obwohl zugunsten des Vertragspartners des AGB-Verwenders eine Klausel modifiziert wurde, diese trotzdem nicht zwingend als Individualvereinbarung angesehen wurde.⁶⁷ Die Reformbefürworter kritisieren, dass diese Anforderungen in der Praxis nicht erfüllt werden können.⁶⁸

Wenig später, im Januar 2016, schritt der BGH erneut bei einer Klauselkontrolle ein.⁶⁹ In der Sache nahm ein pharmazeutisches Unternehmen (Klägerin), das auch Arzneimittel anderer Hersteller vertreibt, eine Arzneimittelgroßhändlerin (Beklagte) auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Anspruch.⁷⁰ Diesmal entschied der Achte Senat, dass das Übersenden mit der Bitte, Anmerkungen oder Änderungswünsche mitzuteilen nicht genüge, um eine Individualvereinbarung und ein Aushandeln i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB anzunehmen.⁷¹

Im Juli 2017 entschied der Elfte Zivilsenat in einer weiteren Entscheidung über die Frage des „Aushandelns“ i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB (*Bearbeitungsgebühr*-Entscheidung). Diese Entscheidung befasste sich in der Sache mit einem Darlehensvertrag zwischen einem selbstständigen Immobilienprojektentwickler und einem Kreditinstitut, der vom BGH als B2B-Vertrag eingestuft wurde.⁷² Der BGH urteilte, dass es für die Beurteilung des Aushandelns unerheblich sei, ob bei Abschluss von Darlehensverträgen regelmäßig ein Bearbeitungsentgelt in Höhe festgelegter Prozentsätze verlangt oder das Entgelt im Einzelfall anhand der Daten des konkreten Darlehensvertrages

⁶⁵ BGH, Urt. v. 22.10.2015 – VII ZR 58/14 (*bring or pay II*), Rn. 26 bei Juris = NZBau 2016, 213.

⁶⁶ BGH, Urt. v. 22.10.2015 – VII ZR 58/14 (*bring or pay II*), Rn. 26 bei Juris = NZBau 2016, 213.

⁶⁷ So bspw. auch MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, § 305 BGB, Rn. 48; Graf von Westphalen, TranspR 2018, 268, 271; Maier-Reimer, NJW 2017, 1, 5.

⁶⁸ Müller, TranspR 2018, 276, 280.

⁶⁹ BGH, Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 26/15 = NJW 2016, 1230.

⁷⁰ BGH, Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, Rn. 1 = NJW 2016, 1230.

⁷¹ BGH, Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, Rn. 29 ff. = NJW 2016, 1230.

⁷² BGH, Urt. v. 4.7.2017 – XI ZR 233/16 („Bearbeitungsgebühr“), Rn. 10 = BeckRS 2017, 121112.

nach bestimmten Vorgaben errechnet wird.⁷³ Denn daraus lasse sich nicht entnehmen, dass die AGB-Verwenderin die Bearbeitungsgebühr als solche zur Disposition gestellt habe. Sie habe zwar behauptet, die Erhebung der Gebühr sei insgesamt verhandelbar gewesen und es sei nur der persönlichen Verhandlungsführung sowie den wirtschaftlichen Interessen des Klägers geschuldet, dass er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht habe. Damit sei jedoch nicht dargetan, dass die Klauselverwenderin deutlich und ernsthaft ihre Verhandlungsbereitschaft erklärt habe.⁷⁴

Quintessenz der Entscheidungen ist, dass die Ausweichversuche vom BGH kassiert werden, soweit die Klauseln nicht eindeutig zwischen den Vertragspartnern ausgehandelt worden sind, indem der gesetzesfremde Kerngehalt der Klauseln nicht ernsthaft zwischen den Vertragspartnern zur Disposition gestellt wurde. Konsequenz für Unternehmen, deren Verträge deutschem Recht unterliegen, ist, dass diese Maßstäbe für ein „Aushandeln“ i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB beachtet werden müssen und ein solches nicht leicht durch den Klauselverwender vor Gericht nachgewiesen werden kann.

c) Erforderliches Ausmaß des Aushandelns

Das Aushandeln muss, wie es der Gesetzeswortlaut des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB formuliert, „im Einzelnen“ erfolgen. Für die Annahme einer ausgehandelten Individualvereinbarung müssen somit grundsätzlich die Voraussetzungen des Aushandelns für jeden einzelnen Vertragspunkt und jede einzelne Klausel festgelegt werden.⁷⁵ Ein Aushandeln einiger Klauseln wirkt sich grundsätzlich nicht auf die Annahme aus, alle übrigen Klauseln seien sodann ebenfalls ausgehandelt. Somit bleiben vorformulierte Bedingungen in einem Vertragswerk, die nicht ausgehandelt wurden, kontrollfähige AGB. Das folgt auch aus der Verwendung des Wortes „soweit“ in § 305 Abs. 1 S. 3 BGB.⁷⁶

Dennoch soll ein Ausstrahlen des Verhandeln einzelner Klauseln auf andere Klauseln im unternehmerischen Verkehr im Rahmen des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB auf sachlich zusammengehörende Regelungen oder auch auf den

⁷³ BGH, Urt. v. 4.7.2017 – XI ZR 233/16 („Bearbeitungsgebühr“), Rn. 20 = BeckRS 2017, 121112.

⁷⁴ Zum Ganzen: BGH, Urt. v. 4.7.2017 – XI ZR 233/16 („Bearbeitungsgebühr“), Rn. 25 = BeckRS 2017, 121112.

⁷⁵ Pfeiffer, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 305, Rn. 41; BT-Drs. 7/3919, S. 17 – noch zu § 1 Abs. 2 AGBG, jetzt: § 307 Abs. 1 S. 3 BGB; Ulmer / Habersack, in: Ulmer / Brandner / Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 305 BGB Rn. 45; Staudinger / Mäsch, 2019, § 305 BGB, Rn. 53 (übt gleichzeitig Kritik an dieser Anforderung und bevorzugt, dass ein „Verhandeln über den gesamten Vertrag“ genüge, siehe Rn. 56 f.).

⁷⁶ BAG, Urt. v. 19.5.2010 – 5 AZR 253/09, Rn. 26 = NZA 2010, 939, 941; vgl. so auch Graf von Westphalen, TranspR 2018, 268, 270; Staudinger / Mäsch, 2019, § 305 BGB, Rn. 53.

ganzen Vertrag möglich sein.⁷⁷ Ein Indiz dafür, dass die Voraussetzungen des Aushandelns für alle Klauseln vorliegen, liegt darin, dass mehrere oder die Mehrzahl der Klauseln eines Klauselwerkes abgeändert und ausgehandelt sind.⁷⁸ So stellte der BGH in einer Entscheidung im Jahr 2012 zur Auslegung des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB fest: „Wird ein Klauselwerk an mehreren zentralen Punkten abgeändert, kann dies dafür sprechen, dass die Parteien alle sachlich damit zusammenhängenden Bedingungen in ihren Gestaltungswillen aufgenommen und damit das ganze Klauselwerk ausgehandelt haben.“⁷⁹ Daraufhin nahm der BGH im Ergebnis an, dass es sich bei dem zwischen den unternehmerischen Parteien (Versicherungsunternehmen und Versicherungsvertreter) vereinbarten Wettbewerbsverbot in einem Handelsvertretervertrag nicht um AGB handelte und folglich die AGB-Kontrolle nicht griff.⁸⁰

Eine Änderung des vom Klauselverwender vorgesehenen Wortlauts ist jedoch keineswegs eine Voraussetzung für die Annahme einer Individualvereinbarung.⁸¹ Ein Aushandeln schlägt sich zwar in der Regel in Änderungen des vorformulierten Textes nieder, eine Veränderung des Textes ist aber nicht zwingende Voraussetzung für die Annahme eines Aushandelns.⁸² Verbleibt eine Klausel unverändert, so kann sie als Individualvereinbarung gelten, wenn sie „nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibt“.⁸³

Das sich daraus für ein Aushandeln des Vertrages ergebende Erfordernis umfassender Verhandlungen zu jedem einzelnen Vertragspunkt wird in der Praxis oft übersehen oder der erforderliche Umfang unterschätzt.⁸⁴ Allein den Preis oder die Vertragsleistung auszuhandeln genügt nicht.⁸⁵ Diese Vertragselemente unterliegen ausweislich des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB ohnehin nicht der AGB-Kontrolle.⁸⁶ Auch muss beispielsweise eine Vertragsstrafklausel in ihrem gesetzesfremden Kerngehalt vollumfänglich zur Disposition

⁷⁷ Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 305 BGB, Rn. 22; MüKo / *Basedow*, 8. Aufl. 2019, § 305 BGB, Rn. 41; Staudinger / *Mäsch*, 2019, § 305 BGB, Rn. 61 (in sehr engen Grenzen).

⁷⁸ BGH, Urt. v. 25.10.2012 – VII ZR 56/11, Rn. 20 = NJW 2013, 2027, 2028; BT-Drs. 7/3919, S. 17 – noch zu § 1 Abs. 2 AGBG, jetzt: § 307 Abs. 1 S. 3 BGB; *Pfeiffer*, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 305, Rn. 41.

⁷⁹ BGH, Urt. v. 25.10.2012 – VII ZR 56/11, Rn. 20 = NJW 2013, 2027, 2028.

⁸⁰ BGH, Urt. v. 25.10.2012 – VII ZR 56/11, Rn. 20 = NJW 2013, 2027, 2028.

⁸¹ BT-Drs. 7/3919, S. 17 – noch zu § 1 Abs. 2 AGBG, jetzt: § 307 Abs. 1 S. 3 BGB; Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 305 BGB, Rn. 20; Staudinger / *Mäsch*, 2019, § 305 BGB, Rn. 68.

⁸² Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 305 BGB, Rn. 20.

⁸³ BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12 (*bring or pay I*), Rn. 10 = NJW 2013, 856; *Graf von Westphalen*, TranspR 2018, 268, 271.

⁸⁴ *Graf von Westphalen*, TranspR 2018, 268, 270.

⁸⁵ *Graf von Westphalen*, TranspR 2018, 268, 270.

⁸⁶ *Graf von Westphalen*, TranspR 2018, 268, 270; zum Umfang des § 307 Abs. 3 BGB: BGH, Urt. v. 23.8.2018 – III ZR 192/17, m. Anm. *Sommerfeld*, EWiR 2018, 717–718.

gestellt werden und es genügt nicht, dass das Vertragswerk als Ganzes einmal besprochen wurde.⁸⁷

4. Konsequenz für Haftungsbeschränkungsklauseln für Unternehmen

Die Voraussetzungen für die Eröffnung des Anwendungsbereiches der AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB ermöglichen verschiedene Ansatzpunkte, um der Kontrolle zu entkommen. Dabei hat der BGH bei der Frage des „Aushandelns“ beständig an seiner gefestigten Rechtsprechung zum Maßstab des „ernsthaften zur Dispositionstellens des gesetzesfremden Kerngehaltes“ für die Annahme eines „Aushandelns“ festgehalten. Jedoch hat er in jüngster Zeit in einer Vielzahl von Entscheidungen unterschiedlichen Konstellationen, in denen Ausweichversuche vorgenommen wurden, eine Abfuhr erteilt. Diese Entscheidungen legen keine neue Stoßrichtung oder Grundhaltung zu den Anforderungen des „Aushandelns“ fest, sondern ergänzen lediglich das Fallmaterial und konkretisieren die Details.

Als Konsequenz für Unternehmen, deren unternehmerische Verträge dem deutschen Recht unterliegen, ergibt sich folgendes: Der Maßstab des tatsächlichen zur Dispositionstellens und des Zugestehens einer Einflussnahmemöglichkeit für den Vertragspartner auf die AGB muss beachtet werden, um Klauselwerke zu kreieren, die außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 305 ff. BGB stehen. Zudem ist der Grundsatz, dass prinzipiell alle Klauseln verhandelt werden müssen und die Verhandlung einzelner Klauseln für die Annahme von Individualvereinbarungen nicht ausreicht, zu beachten.

In diesem Rahmen sind sodann Haftungsbeschränkungen nach Maßgabe des AGB-Rechts, oder aber nach Maßgabe von Individualvereinbarungen wirksam möglich.

III. Grenzen der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB für Haftungsbeschränkungsklauseln in unternehmerischen Verträgen

Welche Grenzen setzt die AGB-Kontrolle Haftungsbeschränkungsklauseln in unternehmerischen Verträgen? Liegen keine Individualvereinbarungen gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB vor, unterliegen Vertragsklauseln der offenen Inhaltskontrolle für AGB des § 307 BGB. Während Klauseln, die gegenüber Verbrauchern gestellt werden, der Inhaltskontrolle der §§ 307–309 BGB unterliegen, sind die speziellen Klauselverbote der §§ 308 Nr. 1, 2–8 und 309 BGB nicht direkt auf Verträge im kaufmännischen Verkehr anwendbar.⁸⁸ AGB, die gegenüber Unternehmen gestellt werden, unterliegen gem. § 310

⁸⁷ Berger / Kleine, BB 2007, 2137, 2137; BGH, Urt. v. 23.1.2003 – VII ZR 210/01 = NJW 2003, 1805, 1807 f.

⁸⁸ Vgl. so auch BeckOK BGB/H. Schmidt, 57. Ed., Stand: 1.2.2021, § 307 BGB, Rn. 93.

Abs. 1 S. 1 BGB überwiegend allein der Generalklausel des § 307 BGB (und zusätzlich den einzelnen Ziffern des § 308 Nr. 1a, 1b BGB). Die Generalklausel des § 307 BGB setzt dabei den Maßstab der „unangemessenen Benachteiligung“ an. Gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Dieser Maßstab wird weiter in § 307 Abs. 2 BGB und § 307 Abs. 1 S. 2 BGB (dem sog. Transparenzgebot) konkretisiert.⁸⁹ Die Anwendung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr war bereits während des Gesetzgebungsverfahrens zum alten AGBG heftig umstritten und die Debatte hält bis heute an.⁹⁰ In der Diskussion um eine Reform des deutschen AGB-Rechts im unternehmerischen Verkehr werden besonders die versagten Möglichkeiten für Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse durch das deutsche AGB-Recht gerügt, obwohl diese so essenziell für unternehmerische Verträge seien.⁹¹

Nachfolgend wird analysiert, welche Grenzen für in AGB enthaltene Haftungsbeschränkungsklauseln im deutschen Recht in unternehmerischen Verträgen bestehen und welche Konsequenzen sich hieraus für Verträge im unternehmerischen Rechtsverkehr im deutschen Recht ergeben.

1. Maßstab der unangemessenen Benachteiligung des § 307 BGB

Zentrale Grenzen für AGB in unternehmerischen Verträgen ist die Untersagung des § 307 BGB, Klauseln zu verwenden, die den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Entsprechende Klauseln erklärt § 307 Abs. 1 S. 1 BGB für unwirksam. Eine unangemessene Benachteiligung entgegen den Geboten von Treu und Glauben liegt vor,

„wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zugestehen“.⁹²

Dabei kann sich gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB auch eine unangemessene Benachteiligung aus einer unklaren oder unverständlichen und daraus dann intransparenten Regelung ergeben.⁹³ Der Maßstab der „unangemessenen Be-

⁸⁹ Siehe auch MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 23.

⁹⁰ MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 77 m. w. N.

⁹¹ *Berger / Kleine*, BB 2007, 2137, 2137.

⁹² StRspr. vgl. u. a. BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12 (*bring or pay I*), Rn. 19 = NJW 2013, 856, 858; BGH, Urt. v. 25.4.2001 – VIII ZR 135/00 = NJW 2001, 2331, 2331; BGH, Urt. v. 4.7.1997 – V ZR 405/96 = NJW 1997, 3022, 3023 je m. w. N.; siehe auch BeckOK BGB / *H. Schmidt*, 57. Ed., Stand: 1.2.2021, § 307 BGB, Rn. 29.

⁹³ BeckOK BGB / *H. Schmidt*, 57. Ed., Stand: 1.2.2021, § 307 BGB, Rn. 21; *Pfeiffer*, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 307, Rn. 75; *Graf von Westphalen*,

nachteiligung“ des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB wird weiter durch Abs. 2 derselben Norm konkretisiert, der typische rechtliche Kriterien statuiert, bei deren Vorliegen im Zweifel eine solche Benachteiligung anzunehmen ist.⁹⁴ Gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB enthält eine AGB-Klausel im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung, wenn sie „mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist“. Dadurch wird an einen in der BGH-Rechtsprechung anerkannten Grundsatz angeknüpft, nach dem AGB-Klauseln unwirksam sind, wenn durch ihren Inhalt das „Leitbild“, das für den gewählten Vertragstyp in dispositiven Vorschriften niedergelegt ist, abgeändert wird.⁹⁵ Gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist eine AGB-Klausel im Zweifel unwirksam, wenn sie „wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist“. Dahinter steht die Rechtsprechung des BGH, in der dieser die Nichtigkeit einer Klausel angenommen hat, wenn der Klauselverwender durch die Klausel seine Haftung im Falle der Nichterfüllung einer ihm obliegenden Hauptpflicht („Kardinalpflicht“) ausgeschlossen oder beschränkt hatte.⁹⁶

Die Inhaltskontrolle ist von den Gerichten anhand einer generell-abstrakten Auslegung vorzunehmen.⁹⁷ Die Prüfung der Angemessenheit erfolgt anhand des objektiven Klauselinhalts. Der AGB-Klausel ist demnach ihr tatsächlicher, gegebenenfalls durch Auslegung ermittelter Inhalt zugrunde zu legen, nicht ihre Handhabung im Einzelfall.⁹⁸ Zudem kommt es bei der Prüfung der Angemessenheit auf die Anschauungen des Verkehrskreises an, der regelmäßig an dem Abschluss von Verträgen des streitigen Typs beteiligt ist.⁹⁹ So kann etwa eine Risikoverteilung, die als Bestandteil eines Vertrags mit einem Verbraucher unangemessen wäre, im kaufmännischen Verkehr wirksam sein, weil sie

in: Graf von Westphalen / Thüsing (Hrsg.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, 2019, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rn. 4 (speziell zum Transparenzgebot im Zusammenhang mit Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln).

⁹⁴ Vgl. so auch MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 65; Staudinger / *Wendland*, 2019, § 307 BGB, Rn. 220.

⁹⁵ Zum Leitbild vgl. u. a. BGH, Urt. v. 24.9.1980 – VIII ZR 273/79 = NJW 1981, 117, 118 f.; BGH, Urt. v. 20.5.2009 – XII ZR 94/07, Rn. 21 = BGHZ 181, 179 = NJW 2009, 2881, 2883; MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 67; Staudinger / *Wendland*, 2019, § 307 BGB, Rn. 229.

⁹⁶ Vgl. u. a. BGH, Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86 = BGHZ 103, 316, 322 = NJW 1988, 1785, 1786; MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 72; Staudinger / *Wendland*, 2019, § 307 BGB, Rn. 275.

⁹⁷ BGH, Urt. v. 4.7.2017 – XI ZR 562/15, Rn. 71 bei Juris = NJW 2017, 2986; Graf von Westphalen, *TranspR* 2018, 268, 274; Pfeiffer, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, *AGB-Recht*, 6. Aufl. 2013, § 307, Rn. 77; Staudinger / *Wendland*, 2019, § 307 BGB, Rn. 109.

⁹⁸ BGH, Urt. v. 28.10.1981 – VIII ZR 302/80 = BGHZ 82, 121, 128 = NJW 1982, 870, 872; BGH, Urt. v. 13.12.2001 – I ZR 41/99 = NJW 2002, 1713, 1715; Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 307 BGB, Rn. 39; MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 39.

dort im Zusammenhang mit einer Vielzahl vergleichbarer Geschäfte zwischen den an solchen Verträgen typischerweise Beteiligten zu sehen ist und durch Vorteile anderer Art ausgeglichen werden kann, die dem Verbraucher bei einmaligem Vertragsschluss nicht zuteilwerden.¹⁰⁰

Bei der Beurteilung der „Angemessenheit“ im unternehmerischen Verkehr sind die Besonderheiten des Geschäftsverkehrs zwischen Unternehmern und die (branchenspezifischen) Gewohnheiten und Gebräuche zu berücksichtigen.¹⁰¹ Dies kann dazu führen, dass AGB-Klauseln zwischen Unternehmen angemessen sind, die im Verkehr mit Verbrauchern zu beanstanden wären.¹⁰² So ist im unternehmerischen Geschäftsverkehr in besonderem Maße das Bedürfnis nach einer zügigen und reibungslosen Geschäftsabwicklung zu beachten. Daneben sind auch die Möglichkeiten der Versicherbarkeit oder sonstiger Eigenvorsorge in Form einer entsprechenden Einkalkulierung der Vertragsrisiken in den Preis zu beachten.¹⁰³

Die Angemessenheit der einzelnen Klausel ist unter Berücksichtigung des gesamten Vertragsinhalts abzuwägen und beurteilt sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles und der Interessen des Klauselverwenders und dessen Vertragspartner.¹⁰⁴ Durch diese Berücksichtigung des gesamten Vertragsinhaltes kann es zu „Summierungseffekten“ kommen, wodurch, obwohl die einzelne Klausel wirksam wäre, sie in Kombination und unter Beachtung des Gesamtzusammenhangs unwirksam ist.¹⁰⁵ Gleichfalls kann es durch die Gesamtbetrachtung des vollständigen Vertrages auch zu einer „Kompensation“ kommen, bei der die im Einzelnen betrachtete Klausel unwirksam wäre, jedoch unter Beachtung einer mit ihr in einem Sachzusammenhang beziehungsweise einer Wechselbeziehung stehenden Bestimmung kompensiert wird und unter diesem Gesamtblick doch wirksam ist.¹⁰⁶

⁹⁹ BeckOK BGB / H. Schmidt, 57. Ed., Stand: 1.2.2021, § 307 BGB, Rn. 31; MüKo / Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 40; Staudinger / Wendland, 2019, § 307 BGB, Rn. 109.

¹⁰⁰ BT-Drs. 7/3919, S. 23; MüKo / Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 40.

¹⁰¹ MüKo / Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 82.

¹⁰² Vgl. auch MüKo / Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 82.

¹⁰³ So auch MüKo / Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 82.

¹⁰⁴ MüKo / Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 35 f.

¹⁰⁵ BeckOK BGB / H. Schmidt, 57. Ed., Stand: 1.2.2021, § 307 BGB, Rn. 23; MüKo / Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 37; Pfeiffer, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 307, Rn. 213; Staudinger / Wendland, 2019, § 307 BGB, Rn. 139.

¹⁰⁶ BeckOK BGB / H. Schmidt, 57. Ed., Stand: 1.2.2021, § 307 BGB, Rn. 23; MüKo / Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 38; Einzelheiten bei Pfeiffer, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 307, Rn. 215 ff.; Staudinger / Wendland, 2019, § 307 BGB, Rn. 125 ff.

2. Kein Haftungsausschluss in AGB für „Kardinalpflichten“

Die Haftung für einfache Fahrlässigkeit kann in AGB für Kardinalpflichten, das heißt „wesentliche Vertragspflichten“, in der Regel nicht ausgeschlossen werden, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.¹⁰⁷ Dieser Grundsatz wurde durch Rechtsprechung entwickelt und war Grundlage der Kodifizierung des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.¹⁰⁸ Somit ist der Ausschluss der Haftung des Verwenders bei Kardinalpflichten, wenn dadurch die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, ausgeschlossen. Bei Kardinalpflichten muss der Verwender auch für das grobe Verschulden seiner einfachen Erfüllungsgehilfen im kaufmännischen Geschäftsverkehr eintreten und kann sich grundsätzlich davon nicht formularmäßig (d. h. in AGB) frei machen.¹⁰⁹

Was genau Kardinalpflichten sind, wird von der Rechtsprechung definiert, ist jedoch nicht frei von Unklarheiten. Fest steht nach der Rechtsprechung des BGH jedoch, dass jedenfalls die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Hauptpflichten eines Vertrages wesentliche Pflichten und damit Kardinalpflichten sind.¹¹⁰

Im unternehmerischen Verkehr bestehen jedoch zwei Einschränkungen für dieses allgemeine Verbot des Haftungsausschlusses für Kardinalpflichten: einerseits sind Haftungsbegrenzungen, die auf den typischerweise bei Geschäften der fraglichen Art entstehenden Schaden beschränken, zulässig;¹¹¹ und andererseits sind branchentypische Freizeichnungen, die allseits gebilligt und anerkannt werden, beispielsweise die Allgemeinen Deutschen Spediteur-Bedingungen (ADSp), wirksam.¹¹² Jedoch kann auch gegenüber Unterneh-

¹⁰⁷ Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 307 BGB, Rn. 33 und § 309 BGB, Rn. 48; Staudinger / *Wendland*, 2019, § 307 BGB, Rn. 339 (bezeichnet dies als „Freizeichnungsfestigkeit“); ausführlich zum Begriff der Kardinalpflichten: *Graf von Westphalen*, in: *Graf von Westphalen / Thüsing* (Hrsg.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, 2019, *Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln*, Rn. 25 ff. und Rn. 40 ff.

¹⁰⁸ Vgl. u. a. BGH, *Beschl. v. 24.10.2001 – VIII ARZ 1/01 = NJW 2002, 673, 674*; BGH, *Urt. v. 26.1.1993 – X ZR 90/91 = NJW-RR 1993, 560, 561*; siehe auch Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 309 BGB, Rn. 48 m. w. N.; *MüKo / Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 72.

¹⁰⁹ Siehe bspw. BGH, *Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86 = NJW 1988, 1785, 1786*; BGH, *Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 220/82 = BGHZ 89, 363, 366 f. = NJW 1984, 1350, 1351*; *MüKo / Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 37.

¹¹⁰ BGH, *Beschl. v. 24.10.2001 – VIII ARZ 1/01 = BGHZ 149, 89, 97 = NJW 2002, 673, 675 m. w. N.*; BGH, *Urt. v. 1.2.2005 – X ZR 10/04 = NJW 2005, 1774, 1774*; *MüKo / Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 26.

¹¹¹ Vgl. u. a. BGH, *Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91 = NJW 1993, 335, 336*; Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 309 BGB, Rn. 56 m. w. N.

¹¹² BGH, *Urt. v. 10.10.1985 – I ZR 124/83 = NJW 1986, 1434, 1435*; Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 309 BGB, Rn. 57 m. w. N.; aber: BGH, *Urt. v. 15.9.2005 – I ZR 58/03 = NJW-RR 2006, 267, 269*; siehe zur letzteren BGH-Entscheidung: *Graf von*

men die Haftung für die Verletzung von Kardinalpflichten nicht auf einen Betrag begrenzt werden, der die vertragstypischen, vorhersehbaren Schäden nicht deckt.¹¹³

3. Indizwirkung der Grenzen der § 309 Nr. 7 lit. a und lit. b BGB für Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Verkehr

Die zentralen Grenzen für die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung und des Haftungsausschlusses durch AGB sind in § 309 Nr. 7 lit. a und lit. b BGB enthalten. § 309 Nr. 7 BGB setzt Haftungsausschlüssen bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit (lit. a) und bei grobem Verschulden (lit. b) Grenzen. Das Klauselverbot findet seit der Aufnahme des AGBG in das BGB (vormals § 11 Nr. 7 AGBG) auf alle Haftungsausschlüsse für Pflichtverletzungen des Verwenders Anwendung.¹¹⁴ Diese Grenzen des § 309 Nr. 7 lit. a, b BGB sind gem. § 310 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich erst einmal nur für den B2C-Verkehr maßgeblich. Jedoch erhalten diese speziellen Klauselverbote des § 309 BGB auch für den kaufmännischen Verkehr Bedeutung durch die von der Rechtsprechung angenommene Indizwirkung.

a) Indizwirkung

Aus dem Umstand, dass die im unternehmerischen Verkehr vereinbarten AGB nach § 307 BGB zu beurteilen sind, darf nicht gefolgert werden, dass die Klauselverbote der § 308 und § 309 BGB keinen Einfluss auf den unternehmerischen Verkehr hätten. Der Verstoß gegen ein Verbot des § 309 BGB ist auch im Verkehr zwischen Unternehmen ein Indiz für die Unwirksamkeit der Klausel.¹¹⁵ Dies legt einerseits das Gesetz nahe, vor allem aber hat die Rechtsprechung dies anerkannt.

§ 310 Abs. 1 S. 2, 1. HS. BGB weist darauf hin, dass

„§ 307 Abs. 1 und 2 [findet] in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung [findet], als dies zur Unwirksamkeit von in § 308 Nummer 1, 2 bis 8 und § 309 genannten Vertragsbestimmungen führt“.

Westphalen, in: Graf von Westphalen / Thüsing (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2019, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rn. 126.

¹¹³ BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91 = NJW 1993, 335, 336; s.a. *Graf von Westphalen*, in: Graf von Westphalen / Thüsing (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2019, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rn. 126.

¹¹⁴ MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 7.

¹¹⁵ Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 307 BGB, Rn. 40; Soergel / *Fritzsche*, 13. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 92 und § 310 BGB, Rn. 19; *Fuchs*, in: Ulmer / Brandner / Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn. 163 (äußert gleichzeitig Skepsis gegenüber einer pauschalen Ausstrahlungswirkung der Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit des § 309 BGB auf den unternehmerischen Rechtsverkehr).

Hieraus ergibt sich bereits, dass die Unwirksamkeit einer AGB-Klausel, die sich im Verhältnis zu einem Nichtunternehmer aus §§ 308, 309 BGB ergibt, im unternehmerischen Rechtsverkehr aus § 307 BGB abgeleitet werden kann.¹¹⁶ § 309 BGB konkretisiert § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB und ist daher grundsätzlich auch im Verkehr zwischen Unternehmen zu beachten.¹¹⁷

Die Rechtsprechung misst den Klauselverboten der §§ 308, 309 BGB seit der grundlegenden *Gleichschritt*-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2007 eine „Indizwirkung“ für eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners im unternehmerischen Verkehr nach § 307 BGB zu.¹¹⁸ Dies gilt insbesondere für die Klauselverbote des § 309 Nr. 7 lit. a BGB aufgrund der überragenden Bedeutung der in der Norm genannten Rechtsgüter¹¹⁹ und § 309 Nr. 7 lit. b BGB.^{120, 121} Fällt eine Klausel unter eines der Verbote des § 309 BGB, so ist dies ein Indiz, dass sie auch gegenüber einem Unternehmen zu einer unangemessenen Benachteiligung führt, es sei denn, sie kann wegen der Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs als angemessen angesehen werden.¹²²

Die grundlegende Entscheidung, in der der BGH maßgeblich die Indizwirkung festlegte, stellt die *Gleichschritt*-Entscheidung vom 19. September 2007 dar.¹²³ Das Urteil betrifft einen Kaufvertrag über ein gebrauchtes Kraftfahrzeug zwischen einem Unternehmer als Käufer und einer unternehmerischen

¹¹⁶ Siehe so auch MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 79.

¹¹⁷ U.a. BGH, Versäumnisurt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, Rn. 12 = BGHZ 174, 1–6 = NJW 2007, 3774, 3775; Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 307 BGB, Rn. 40 m. w. N.

¹¹⁸ BGH, Versäumnisurt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06 (*Gleichschritt*-Entscheidung), Rn. 12 = BGHZ 174, 1–6 = NJW 2007, 3774, 3775; Staudinger / *Schlosser*, 2013, § 310 BGB, Rn. 12; Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 307 BGB, Rn. 38; *Graf von Westphalen*, in: Graf von Westphalen / *Thüsing* (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2019, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rn. 38; *ders.*, TranspR 2018, 268, 274.

¹¹⁹ Vgl. so BGH, Versäumnisurt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06 (*Gleichschritt*-Entscheidung), Rn. 12 und 13 = BGHZ 174, 1, 5 = NJW 2007, 3774, 3775; vgl. auch BGH, Urt. v. 19.6.2013 – VIII ZR 183/12, Rn. 30 = NJW 2014, 211, 213.

¹²⁰ Vgl. zu § 309 Nr. 7 lit. b BGB: BGH, Versäumnisurt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06 (*Gleichschritt*-Entscheidung), Rn. 14 = BGHZ 174, 1, 5 = NJW 2007, 3774, 3775.

¹²¹ MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 33; allgemein bzgl. der Anwendung der Klauselverbote des § 309 Nr. 7 auf den unternehmerischen Verkehr: Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 309 BGB, Rn. 55.

¹²² Staudinger / *Schlosser*, 2013, § 310 BGB, Rn. 12; BGH, Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86 = BGHZ 103, 316, 329 = NJW 1988, 1785, 1788; BGH, Urt. v. 8.3.1984 – VII ZR 349/82 = BGHZ 90, 273, 278 = NJW 1984, 1750, 1751.

¹²³ BGH, Versäumnisurt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06 (*Gleichschritt*-Entscheidung) = BGHZ 174, 1 ff. = NJW 2007, 3774 ff.; ebenfalls so bezeichnet durch *Graf von Westphalen*, NJW 2018, 1520, 1520; *ders.*, TranspR 2018, 268, 274, dort Fn. 80.

Vertragshändlerin eines Fahrzeugherstellers.¹²⁴ Streitgegenständlich war ein im Kaufvertrag enthaltener Gewährleistungsausschluss und dessen AGB-rechtliche Gültigkeit.¹²⁵ Auf den Vertrag waren die zur Fallentscheidung relevanten Klauselverbote der § 309 Nr. 7 lit. a und b BGB nicht unmittelbar anwendbar.¹²⁶ Der BGH stellte sodann im Urteil jedoch fest:

„Auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, findet § 309 BGB keine Anwendung (§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB). Solche Geschäftsbedingungen unterliegen jedoch der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB, und zwar auch insoweit, als dies zur Unwirksamkeit von Vertragsbestimmungen führt, die in § 309 BGB aufgeführt sind; dabei ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Bräuche angemessen Rücksicht zu nehmen (§ 310 Abs. 1 Satz 2 BGB). Diese Bestimmung, die dem früheren § 24 ABGB entspricht, bedeutet, dass bei der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr die in den Klauselverböten zum Ausdruck kommenden Wertungen berücksichtigt werden sollen, soweit sie übertragbar sind [...]. Insoweit hat sich die Rechtslage durch die Neuregelung in §§ 307 ff. BGB nicht geändert.“¹²⁷

Durch diese Aussage statuiert der BGH, dass auch nach der Implementierung der AGB-Kontrolle des ABGB in das BGB eine Indizwirkung besteht, indem die in den Klauselverböten zum Ausdruck kommenden Wertungen im unternehmerischen Rechtsverkehr berücksichtigt werden sollen, soweit sie übertragbar sind. Dabei solle jedoch stets beachtet werden, dass es sich um einen unternehmerischen Vertrag handele.

b) Grenzen der § 309 Nr. 7 lit. a und b BGB für Haftungsbeschränkungsklauseln

Für die Frage nach der Wirksamkeit von Haftungsbeschränkungsklauseln ist die Indizwirkung der § 309 Nr. 7 lit. a und b BGB und das Ausmaß deren Grenzen für Haftungsfreizeichnungen maßgeblich.¹²⁸ § 309 Nr. 7 lit. a BGB erklärt Klauseln, die die Haftung für Schäden aus einer Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit aufgrund einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen, aus-

¹²⁴ BGH, Versäumnisurt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06 (*Gleichschritt-Entscheidung*), Rn. 10 (zur Unternehmereigenschaft) = BGHZ 174, 1 ff. = NJW 2007, 3774, 3775.

¹²⁵ Vgl. BGH, Versäumnisurt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06 (*Gleichschritt-Entscheidung*), Rn. 9 ff. = BGHZ 174, 1 ff. = NJW 2007, 3774, 3775.

¹²⁶ BGH, Versäumnisurt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06 (*Gleichschritt-Entscheidung*), Rn. 11 = BGHZ 174, 1 ff. = NJW 2007, 3774, 3775.

¹²⁷ BGH, Versäumnisurt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06 (*Gleichschritt-Entscheidung*), Rn. 11 = BGHZ 174, 1 ff. = NJW 2007, 3774, 3775.

¹²⁸ Zur Indizwirkung speziell des § 309 Nr. 7 BGB für unternehmerische Verträge: BeckOK BGB / *Becker*, 57. Ed., Stand: 1.2.2021, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 46 m. w. N.; ebenso Staudinger / *Coester-Waltjen*, 2019, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 42.

schließen oder begrenzen, für unwirksam. Klauseln, die eine solche Haftung ausschließen, sind auch in unternehmerischen Verträgen unwirksam.¹²⁹

§ 309 Nr. 7 lit. b BGB erklärt den Ausschluss oder die Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen, für unwirksam. Solche Haftungsausschlüsse für grobes Verschulden des Verwenders, seiner gesetzlichen Vertreter und leitenden sowie einfachen Erfüllungsgehilfen ist auch im unternehmerischen Verkehr mit § 307 BGB unvereinbar und mithin unwirksam.¹³⁰ Für die Annahme des Vorsatzes genügt dabei, wenn der Handelnde mit der Möglichkeit der Schädigung gerechnet hat und ihren Eintritt in Kauf genommen hat.¹³¹ Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Handelnde die erforderliche Sorgfalt nach den gesamten Umständen in ungewöhnlich großem Maße verletzt und nicht beachtet hat, was im gegebenen Fall hätte einleuchten müssen und schon einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt hat.¹³²

Die Definition des Erfüllungsgehilfen richtet sich in beiden Fällen des § 309 Nr. 7 BGB nach Maßgabe des § 278 BGB,¹³³ womit Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird.¹³⁴

¹²⁹ *Dammann*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 309 Nr. 7, Rn. 135a; *Christensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 7 BGB Rn. 43; *Staudinger/Wendland*, 2019, § 307 BGB, Rn. 347; *Graf von Westphalen*, in: Graf von Westphalen/Thüsing (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2019, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rn. 34.

¹³⁰ *Palandt/Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 309 BGB, Rn. 55; zur Anwendbarkeit des § 309 Nr. 7 BGB zwischen Kaufleuten aufgrund der durch die BGH-Rechtsprechung angenommenen Indizwirkung: *Christensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 7 BGB Rn. 43; *Graf von Westphalen*, in: Graf von Westphalen/Thüsing (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2019, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rn. 38.

¹³¹ *MüKo/Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 20.

¹³² Vgl. BGH, Urt. v. 30.11.1971 – VI ZR 100/70 = NJW 1972, 475, 476 (hier zur groben Fahrlässigkeit im Rahmen eines Verkehrsunfalles); *Palandt/Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 309 BGB, Rn. 44 i.V.m. § 277 BGB, Rn. 5; *MüKo/Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 20; *Graf von Westphalen*, in: Graf von Westphalen/Thüsing (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2019, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rn. 37.

¹³³ *BeckOK BGB/Becker*, 57. Ed., Stand: 1.2.2021, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 8; *Christensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 7 BGB Rn. 25.

¹³⁴ Vgl. u.a. BGH, Urt. v. 25.1.2017 – VIII ZR 249/15 = NJW 2017, 2608, 2612 (Rn. 43) m.w.N.; vgl. auch *BeckOK BGB/Lorenz*, 57. Ed., Stand: 1.2.2021, § 278 BGB, Rn. 11; *Christensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 7 BGB Rn. 25.

Aufgrund der Indizwirkung der Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB gilt somit für Haftungsbeschränkungs- und -ausschlussklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr auch die Wertung des § 309 Nr. 7 BGB.¹³⁵ Diese Vorschrift ist von Unternehmen zu beachten, um Unwirksamkeiten aufgrund einer AGB-Kontrolle zu vermeiden.

4. AGB-Reformdiskussion anregende BGH-Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle des § 307 BGB

Aktuelle BGH-Rechtsprechung bezüglich AGB in unternehmerischen Verträgen hat die AGB-Reformdiskussion angeregt und wurde von Reformbefürwortern als Beispiel für die „Strenge“ der deutschen AGB-Kontrolle herangezogen. Diese soll hier skizziert werden. Die Inhaltskontrolle von AGB unterliegt einer weit gefächerten Kasuistik für die einzelnen Vertragsarten und Branchen.¹³⁶ Für eine umfassende Darstellung müsste diese Kasuistik für jeden Vertragstyp einzeln besprochen werden. Die vorliegende Analyse der Haftungsbeschränkungs- und -ausschlussklauseln ist auf Entscheidungen beschränkt, die generelle Bedeutung für die Auslegung des § 307 BGB hatten.

Auch im Bereich der Inhaltskontrolle brachte die eingangs im Zuge des Anwendungsbereichs der AGB-Kontrolle erläuterte *bring or pay I*-Entscheidung des BGH¹³⁷ Neuerungen zu Haftungsausschlussklauseln in AGB in unternehmerischen Verträgen und fachte die Diskussionen um das AGB-Recht an.¹³⁸ In der Sache beinhaltete der Fall eine vereinbarte Abnahmeverpflichtung zwischen zwei Unternehmen, einer Betreiberin einer Müllverbrennungsanlage und ihrem Kunden. Durch die Klausel des Anlieferungsvertrages verpflichtete sich der Kunde, jährlich eine Mindestgesamtmenge an Abfällen bestimmter Spezifikationen zu festgelegten Preisen/Mg zur Entsorgung anzuliefern oder anliefern zu lassen, ansonsten Entgelt für die Mindermengen zu zahlen (*bring or pay*-Verpflichtung). Die Klauselverwenderin verpflichtete sich ihrerseits, die festgelegten Abfallmengen zur Verbrennung anzunehmen.¹³⁹ Diese Klausel wurde vom BGH als eine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB angesehen und in der Folge für unwirksam

¹³⁵ Ebenso *Christensen*, in: Ulmer / Brandner / Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 7 BGB Rn. 43.

¹³⁶ Vgl. hierzu allein der ausführliche Kasuistikkatalog in: BeckOK BGB / *H. Schmidt*, 57. Ed., Stand: 1.2.2021, § 307 BGB, Rn. 104–195; oder in Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 307 BGB, Rn. 55–152.

¹³⁷ BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12 (*bring or pay I*) = NJW 2013, 856.

¹³⁸ Bspw. *Müller*, TranspR 2018, 276, 277 erachtet die Entscheidung als einen schwerwiegenden Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG, der nicht gerechtfertigt werden könne; *Leuschner*, NJW 2016, 1222, 1223 zufolge würden Parteien in der Praxis diesen Anforderungen allenfalls in Ausnahmefällen gerecht.

¹³⁹ BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12 (*bring or pay I*) = NJW 2013, 856, 856.

erklärt.¹⁴⁰ Die Klauselverwenderin verlagere ihr unternehmerisches Risiko, die Finanzierung der neu errichteten Müllverbrennungsanlage und ihre Rentabilität durch eine ausreichende Auslastung abzusichern, hinsichtlich der vereinbarten Liefermengen vollständig auf ihre Vertragspartnerin.¹⁴¹ Der BGH griff folglich auf Basis der AGB-Kontrolle in den Inhalt des unternehmerischen Vertrages unter Zugrundelegung von Erwägungen des unternehmerischen Risikos ein, obwohl die Parteien den Vertrag so vereinbart hatten. Diese Handhabung wurde durch AGB-Reformbefürworter kritisiert, da dies einen zu tiefen Eingriff in die unternehmerische Vertragsfreiheit darstelle.¹⁴² Die Entscheidung war Anlass für verschiedene Beiträge von AGB-Reformbefürwortern, die ein „Rechtsfluchtrisiko“ aufgrund des deutschen AGB-Rechts befürchten und um die Attraktivität des deutschen Rechts fürchten.¹⁴³

AGB-Reformbefürworter kritisieren zudem eine weitere aktuelle Entscheidung des BGH aus Februar 2016 zu sog. „Nato-Wohnungen“, die die ständige Rechtsprechung zur Indizwirkung weiter stärken würde.¹⁴⁴ Der Fünfte Senat hielt hierin eine Annahmefrist aus einem B2B-Wohnungskaufvertrag (Bau-trägervertrag) für unwirksam und lehnte seine Begründung der Unwirksamkeit an die Indizwirkung des § 308 Nr. 1 BGB (Verbot unangemessen langer Annahmefristen) an.¹⁴⁵ Ebenso rügen Reformbefürworter die Entscheidung des BGH aus Juli 2017 (*Bearbeitungsentgelt*)^{146, 147} Das generelle Verbot eines Bearbeitungsentgeltes bei Bankdarlehen an Unternehmenskunden sei eine zu starke Einschränkung der Privatautonomie; die deutlich geringere Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners im B2B-Verkehr müsse bei der AGB-Kontrolle Beachtung finden.¹⁴⁸ Die fehlende Elastizität der Klauselkontrolle im unternehmerischen Verkehr führe zu dessen Bindung an das Leitbild des Gesetzes, dessen Risikoverteilungen jedoch vielfach als ungeeignet in der

¹⁴⁰ BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12 (*bring or pay I*), Rn. 18 ff. = NJW 2013, 856, 857 f.

¹⁴¹ BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12 (*bring or pay I*), Rn. 20 = NJW 2013, 856, 858.

¹⁴² Kritiker dieser BGH-Rechtsprechung und Befürworter einer AGB-Reform bspw.: Müller, LMK 2013, 342776 (Anm. zu BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12); Dauner-Lieb, AnwBl 2013, 845 ff.

¹⁴³ Müller, LMK 2013, 342776 (Anm. zu BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12); Dauner-Lieb, AnwBl 2013, 845, 846.

¹⁴⁴ Kritik bspw. durch Müller, TranspR 2018, 276, 277.

¹⁴⁵ BGH, Urt. v. 26.2.2016 – V ZR 208/14 (*Nato-Wohnungen*), Rn. 30 = NJW 2016, 2173, 2176.

¹⁴⁶ BGH, Urt. v. 4.7.2017 – XI ZR 562/15 (*Bearbeitungsentgelt*) = BGHZ 215, 172–200 = NJW 2017, 2986.

¹⁴⁷ Müller, TranspR 2018, 276, 277 f.

¹⁴⁸ Müller, TranspR 2018, 276, 277.

Wirtschaftspraxis empfunden würde.¹⁴⁹ Anders als der BGH es für Deutschland verbiete, seien im internationalen Geschäftsverkehr bei Bankdarlehen Bearbeitungsgebühren absolut üblich.¹⁵⁰

5. Möglichkeit summenmäßiger Haftungsbeschränkungen

Beschränkungen des Haftungsumfangs, sogenannte summenmäßige Haftungsbeschränkungen, sind im kaufmännischen Verkehr, vor allem in der Verkehrswirtschaft, weit verbreitet.¹⁵¹ Sie sind im deutschen Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr grundsätzlich möglich, da sie dem Bedürfnis der Unternehmen, für die eigene Haftung möglichst kongruenten Versicherungsschutz zu erlangen, nachgehen und dieses bedienen.¹⁵² Die Anforderungen an die Zulässigkeit summenmäßiger Haftungsbeschränkungen sind grundsätzlich die gleichen wie bei Haftungsausschlüssen.¹⁵³ Summenmäßige Haftungsbeschränkungen müssen in einem angemessenen Verhältnis zum vertragstypischen Risiko stehen und sind nur bei leichter Fahrlässigkeit der Pflichtverletzungen wirksam.¹⁵⁴ Dies nahm der BGH bereits 1992 ausdrücklich auch in unternehmerischen Verträgen an.¹⁵⁵ In der Entscheidung knüpfte der BGH an seine frühere Judikatur an.¹⁵⁶

Der Entscheidung aus 1992 lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem in einem Beratungs- und Entwicklungsvertrag („Vertrag über Beratung und Zusammenarbeit“) zwischen einer Herstellerin chemischer Baustoffe und einem Baustoffberatungszentrum (BZR) eine Haftungsbegrenzung mit einem Höchstbetrag von 100.000 DM für grob fahrlässige Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung festgelegt war. Die Klausel lautete: „Wird dem BZR grob fahrlässiges Verhalten nachgewiesen, so beschränkt

¹⁴⁹ Müller, TranspR 2018, 276, 279; zur gesetzlichen Risikoverteilung bereits vor der Entscheidung: Berger / Kleine, BB 2007, 2137, 2137.

¹⁵⁰ Müller, TranspR 2018, 276, 278.

¹⁵¹ MüKo / Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 39 m.w.N.; siehe auch Rühl, TranspR 2018, 265, 266.

¹⁵² Vgl. so auch MüKo / Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 39.

¹⁵³ Staudinger / Wendland, 2019, § 307 BGB, Rn. 349.

¹⁵⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91 = NJW 1993, 335, 335 f.; Palandt / Grüneberg, 80. Aufl. 2021, § 309 BGB, Rn. 51; so siehe auch: Staudinger / Wendland, 2019, § 307 BGB, Rn. 350; Graf von Westphalen, BB 2013, 67, 67; ders., in: Graf von Westphalen / Thüsing (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2019, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rn. 120.

¹⁵⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91 = NJW 1993, 335, 336 betrifft Vertrag aus dem kaufmännischen Verkehr.

¹⁵⁶ BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91 = NJW 1993, 335, 335 m.w.N. – verweist u.a. auf: BGH, Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 220/82 = BGHZ 89, 363, 367 = NJW 1984, 1350, 1351 und BGH, Urt. v. 23.2.1984 – VII ZR 274/82 = NJW 1985, 3016, 3018; vgl. so auch Graf von Westphalen, BB 2013, 67, 67.

sich seine Ersatzpflicht auf 100000 DM für alle Schäden, die durch Handlungen oder Unterlassungen im Zusammenhang mit der Erfüllung des Vertrags verursacht worden sind.“¹⁵⁷ Der BGH stellte die Unwirksamkeit der summenmäßigen Haftungsbeschränkungsklausel fest, da sie geeignet sei, die Rechte des Vertragspartners derart auszuhöhlen, dass der Vertragszweck gefährdet sein könnte.¹⁵⁸ Zwar sei der formularmäßige Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit nach § 11 Nr. 7 AGBG (heute § 309 Nr. 7 lit. b BGB) grundsätzlich zulässig, er sei aber unwirksam, wenn der Haftungsausschluss wesentliche Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränke, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.¹⁵⁹ Das in § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG (heute § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB) enthaltene Verbot der Aushöhlung wesentlicher vertraglicher Rechte und Pflichten beruht auf der Rechtsprechung des BGH, wonach AGB dem Vertragspartner nicht solche Rechtspositionen wegnehmen oder einschränken dürfen, die ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck zu gewähren hat. Dies gelte auch gegenüber einem Kaufmann.¹⁶⁰

Eine solche Haftungsbegrenzung ist der Entscheidung des BGH zufolge nur wirksam, wenn die Höchstsumme die vertragstypischen, vorhersehbaren Schäden abdeckt.¹⁶¹ Auch dieser Aspekt der Entscheidung schließt sich an vorangegangene Judikatur an. Bereits 1984 entschied der Siebte Senat in einem Vertrag über die Kaltlagerung von Lebensmitteln, dass Haftungshöchstsummen, die auch den Ersatz typischer Schäden für den Fall groben Verschuldens des Verwenders und seiner Leute (Erfüllungsgehilfen oder gesetzlicher Vertreter) unter eine Obergrenze stellen, im Wege von AGB nicht wirksam vereinbart werden können.¹⁶² Die entsprechende Haftungsausschlussklausel sollte die Haftung des Kühllhallenbetreibers bei grober Fahrlässigkeit eines Erfüllungsgehilfen auf das Sechsfache des monatlichen Lagergeldes beziehungsweise des Leistungsentgelts beschränken, das für die Erledigung des Auftrags vereinbart wurde. Diese Klausel erachtete der BGH als unwirksam.¹⁶³ Im selben Jahr befand der BGH auch einen Haftungsaus-

¹⁵⁷ BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91 = NJW 1993, 335, 335.

¹⁵⁸ BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91 = NJW 1993, 335, 335.

¹⁵⁹ BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91 = NJW 1993, 335, 335.

¹⁶⁰ BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91 = NJW 1993, 335, 335.

¹⁶¹ BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91 = NJW 1993, 335, 336.

¹⁶² BGH, Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 220/82 = BGHZ 89, 363 ff. = NJW 1984, 1350, 1351; unter Bezugnahme auf diese Entscheidung aktueller auch BGH, Urt. v. 15.9.2005 – I ZR 58/03, Rn. 36 f. = NJW-RR 2006, 267, 269; s.a. MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 39.

¹⁶³ BGH, Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 220/82 = BGHZ 89, 363 ff. = NJW 1984, 1350, 1351.

schluss für unwirksam, der die Haftung für einfache Fahrlässigkeit in einem Textilveredelungsvertrag ausschloss.¹⁶⁴

Zudem unterliegen auch summenmäßige Beschränkungen des Anspruchs dem Verbotsumfang des § 309 Nr. 7 BGB,¹⁶⁵ sodass sich auch dessen Klauselverbote über die Indizwirkung der BGH-Rechtsprechung auf summenmäßige Haftungsbeschränkungen auswirken.

Mithin sind grundsätzlich summenmäßige Haftungsbeschränkungen im unternehmerischen Verkehr möglich, jedoch dürfen sie keine Obergrenzen für vertragstypische Schäden festlegen und darüber hinaus nur für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen gelten. Gleichfalls ist auch im unternehmerischen Rechtsverkehr anzuraten, die Maßgaben des § 309 Nr. 7 BGB zu beachten.

6. Rechtsfolge unwirksamer AGB

Im Zusammenhang mit der Frage der Grenzen der AGB-Kontrolle für Haftungsbeschränkungsklauseln in unternehmerischen Verträgen ist auch die Rechtsfolge einer möglichen Unwirksamkeit interessant. Diesbezüglich ist insbesondere bedeutsam, ob die Haftungsbeschränkungsklausel im Falle eines Verstoßes gegen die AGB-Kontrolle auf ihr gesetzlich noch zulässiges Höchstmaß reduziert wird oder ob die Klausel gänzlich gekippt wird und keine Wirkung mehr entfaltet. Diese Frage zielt auf die Zulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion im deutschen AGB-Recht.

Verstößt der Inhalt einer AGB teilweise gegen die §§ 307 ff. BGB, ist in der Folge die Klausel grundsätzlich im Ganzen unwirksam.¹⁶⁶ Die ständige Rechtsprechung hält die geltungserhaltende Reduktion übermäßiger Klauseln für unzulässig.¹⁶⁷ Dies gilt auch im kaufmännischen Verkehr.¹⁶⁸ Teilweise

¹⁶⁴ BGH, Urt. v. 23.2.1984 – VII ZR 274/82 = NJW 1985, 3016, 3018.

¹⁶⁵ Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 309 BGB, Rn. 45; *Christensen*, in: Ulmer / Brandner / Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 7 BGB Rn. 47 i. V. m. 39.

¹⁶⁶ Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 306 BGB, Rn. 6; *Pfeiffer*, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 307, Rn. 344; *Roloff / Looschelders*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 306 BGB, Rn. 8.

¹⁶⁷ Vgl. u. a. BGH, Urt. v. 17.5.1982 – VII ZR 316/81 = BGHZ 84, 109, 114 = NJW 1982, 2309, 2310; BGH, Urt. v. 14.3.2012 – XII ZR 44/10, Rn. 30 f. = NJW 2012, 2501, 2503; BGH, Urt. v. 18.1.2017 – VIII ZR 263/15, Rn. 38 = NJW 2017, 1301, 1305 m. w. N.; BeckOK BGB / *H. Schmidt*, 57. Ed., Stand: 1.2.2021, § 306 BGB, Rn. 20 m. w. N.; Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 306 BGB, Rn. 6; Staudinger / *Mäsch*, 2019, § 306 BGB, Rn. 23; Staudinger / *Wendland*, 2019, § 307 BGB, Rn. 55; *Graf von Westphalen*, in: Graf von Westphalen / Thüsing (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2019, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rn. 137. Diese Auffassung findet weitreichende Unterstützung in der Lehre; das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion unterliegt jedoch auch Kritik. Ausführlich zu den verschiedenen vertretenen Auffassungen siehe: Staudinger / *Wendland*, 2019, § 307 BGB, Rn. 55.

wird jedoch vertreten, dass ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion nur im Verbandsprozess sinnvoll sei, im Individualprozess hingegen nicht und dort praktisch durch verschiedene Auswege relativiert werde.¹⁶⁹ Ferner wird vorgeschlagen, ein differenzierendes Verbot der geltungserhaltenden Reduktion zuzulassen, bei dem in Fällen, in denen Rechtsunsicherheit bezüglich der Wirksamkeit der Klausel bestünde, eine geltungserhaltende Reduktion möglich sein sollte und in Fällen, in denen die Unangemessenheit klar erkennbar gewesen ist, das Verbot geltungserhaltender Reduktion uneingeschränkt gelten sollte.¹⁷⁰ Die Gesamtnunwirksamkeit einer gegen §§ 307–309 BGB verstoßenden Klausel wird aus dem Schutzzweck der §§ 307 ff. BGB abgeleitet.¹⁷¹ Die Verwendung verbotswidriger AGB stellt eine Störung des Rechtsverkehrs dar, gegen die sich der Verwendungsgegner in einem Rechtsprozess oft nicht wehrt.¹⁷² Würde eine verbotswidrige Klausel auf das gerade noch zulässige Maß reduziert und so aufrechterhalten werden, würde die Rechtsordnung ein solches Verhalten des Klauselverwenders risikolos stellen und fördern.¹⁷³ Gegen eine solche Gesamtnichtigkeit einer Klausel vermögen auch salvatorische Klauseln nicht zu helfen.¹⁷⁴ Eine salvatorische Klausel in Form eines Zusatzes zur Haftungsausschlussklausel mit den Worten „soweit das gesetzlich zulässig ist“ beseitigt die Unwirksamkeitsfolge der gegen die gesetzlichen Regelungen über AGB verstoßenden Klauseln nicht.¹⁷⁵ Derartige salvatorische Klauseln sind ihrerseits unwirksam, da sie gegen das Verständlichkeitsgebot verstoßen.¹⁷⁶

¹⁶⁸ BGH, Urt. v. 28.1.1993 – I ZR 294/90 = NJW 1993, 1786, 1787; Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 306 BGB, Rn. 6; *Roloff/Looschelders*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 306 BGB, Rn. 8.

¹⁶⁹ MüKo / *Basedow*, 8. Aufl. 2019, § 306 BGB, Rn. 16 ff.

¹⁷⁰ *Leyens / Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 772, 801 f.

¹⁷¹ Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 306 BGB, Rn. 6.

¹⁷² BGH, Urt. v. 14.3.2012 – XII ZR 44/10, Rn. 30 = NJW 2012, 2501, 2503; Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 306 BGB, Rn. 6.

¹⁷³ *Graf von Westphalen*, TranspR 2018, 268, 276; Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 306 BGB, Rn. 6; *Staudinger / Mäsch*, 2019, § 306 BGB, Rn. 23.

¹⁷⁴ MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 32; Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 306 BGB, Rn. 11.

¹⁷⁵ So ausdrücklich BGH, Urt. v. 4.2.2015 – VIII ZR 26/14, Rn. 17 = NJW-RR 2015, 738, 739; *Pfeiffer*, in: *Wolf / Lindacher / Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 307, Rn. 264; *Staudinger / Mäsch*, 2019, § 306 BGB, Rn. 24, 28; *Graf von Westphalen*, in: *Graf von Westphalen / Thüsing* (Hrsg.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, 2019, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rn. 139.

¹⁷⁶ Vgl. Versagung der Wirksamkeit einer solchen salvatorischen Klausel in BGH, Urt. v. 4.2.2015 – VIII ZR 26/14, Rn. 17 = NJW-RR 2015, 738, 739; s.a. *Staudinger / Wendland*, 2019, § 307 BGB, Rn. 337; *Graf von Westphalen*, in: *Graf von Westphalen / Thüsing* (Hrsg.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, 2019, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rn. 9.

Ausnahmsweise können Teile einer Klausel trotz des Verbotes der geltungserhaltenden Reduktion wirksam bleiben, wenn die Klausel neben der unwirksamen auch unbedenkliche, inhaltlich und sprachlich abtrennbare Bestimmungen enthält, auch wenn sie den gleichen Sachkomplex betreffen.¹⁷⁷ Voraussetzung ist hierbei lediglich, dass nach dem Wegstreichen des unwirksamen Teils der Klausel ein aus sich heraus verständlicher Klauselrest verbleibt, sog. *blue pencil-test*.¹⁷⁸

Zusammenfassend ist somit nach ständiger Rechtsprechung eine Klausel bei teilweisem Verstoß gegen §§ 307 ff. BGB gesamtничtig aufgrund des Verbotes der geltungserhaltenden Reduktion, das auch im kaufmännischen Rechtsverkehr gilt. Lediglich können abtrennbare Teile einer Klausel trotz eines anderen unwirksamen Teils einer Klausel wirksam bleiben.

7. Konsequenzen für Haftungsbeschränkungsklauseln in unternehmerischen Verträgen

Welche Konsequenzen haben diese Erkenntnisse für die Möglichkeit der Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB in unternehmerischen Verträgen? Haftungsbeschränkungen in AGB in unternehmerischen Verträgen sind im deutschen Recht grundsätzlich möglich, jedoch bestehen verschiedene Einschränkungen.

Zunächst sind Haftungsausschlüsse des Schuldners für eigenen Vorsatz im Voraus gem. § 276 Abs. 3 BGB sowohl in AGB als auch in Individualvereinbarungen nicht wirksam möglich. Für Erfüllungsgehilfen kann grundsätzlich die Haftung, auch für Vorsatz, in Individualvereinbarungen nach deutschem Recht ausgeschlossen werden. In AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr kann dies jedoch problematisch sein. Aufgrund der angenommenen Indizwirkung des Verbotes des Haftungsausschlusses in § 309 Nr. 7 lit. a und b BGB besteht die Möglichkeit, dass Klauseln, die die Haftung für Schäden an Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden ausschließen, auch im unternehmerischen Rechtsverkehr unwirksam sind. Dies gilt auch bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Pflichtverletzung eines Erfül-

¹⁷⁷ Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 306 BGB, Rn. 7; MüKo / *Basedow*, 8. Aufl. 2019, § 306 BGB, Rn. 23; *Pfeiffer*, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 307, Rn. 347; Staudinger / *Mäsch*, 2019, § 306 BGB, Rn. 13; *Graf von Westphalen*, in: Graf von Westphalen / Thüsing (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2019, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rn. 140.

¹⁷⁸ BGH, Urt. v. 10.10.2013 – III ZR 325/12, Rn. 14 = NJW 2014, 141, 142; BGH, Urt. v. 14.1.2015 – XII ZR 176/13, Rn. 23 = NJW 2015, 928, 930; BeckOK BGB / *H. Schmidt*, 57. Ed., Stand: 1.2.2021, § 306 BGB, Rn. 21; Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 306 BGB, Rn. 7; Staudinger / *Mäsch*, 2019, § 306 BGB, Rn. 13; *Graf von Westphalen*, in: Graf von Westphalen / Thüsing (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2019, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rn. 140.

lungsgehilfen bei der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit und bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit eines Erfüllungsgehilfen. Zudem ist nach der Rechtsprechung ein Haftungsausschluss für Kardinalpflichten des Vertrages nicht wirksam möglich.¹⁷⁹

Aufgrund der Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB für die Auslegung des § 307 BGB im unternehmerischen Verkehr ist der Praxis zu empfehlen, zunächst jede AGB-Klausel am Maßstab der § 308 und § 309 BGB auf ihre Wirksamkeit zu prüfen.¹⁸⁰ Fällt eine Klausel unter den Verbotskatalog des § 309 BGB, so ist das nach der Rechtsprechung sehr häufig ein Indiz dafür, dass sie auch im Falle der Verwendung unter Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden führt und somit gem. § 307 BGB unwirksam ist.¹⁸¹ Aufgrund der Grenze des § 309 Nr. 7 lit. a BGB, die jedweden Ausschluss der Haftung in AGB für verschuldete Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers und der Gesundheit unwirksam macht, müssen Unternehmen, wenn sie andere Schäden durch AGB aus der Haftung herausnehmen wollen, die in § 309 Nr. 7 lit. a BGB bezeichneten Schadensposten explizit herausnehmen.¹⁸² Eine salvatorische Klausel in Form eines Zusatzes zur Haftungsausschlussklausel hilft nicht gegen die Unwirksamkeitsfolge. Gleichfalls ist, wenn die streitige Klausel unter eine der in § 308 BGB benannten Klauseln fällt, eine Angemessenheitsprüfung vergleichbar mit der des § 307 BGB durchzuführen. Dabei sind bei der Heranziehung der §§ 308, 309 BGB für die Auslegung im unternehmerischen Verkehr jedoch stets die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche zu berücksichtigen, vgl. § 310 Abs. 1 S. 2, 2. HS. BGB.¹⁸³

Daneben sind auch summenmäßige Haftungsbeschränkungen im deutschen Recht grundsätzlich möglich, auch in AGB. Bei der Nutzung solcher Klauseln sind jedoch die eben benannten Einschränkungen zu beachten. Außerdem nahm der BGH an, dass auch im unternehmerischen Verkehr summenmäßige Haftungsbeschränkungen in einem angemessenen Verhältnis zum vertragstypischen Risiko stehen müssen. Zusätzlich können sie unzulässig sein, wenn die Höchstsumme die vertragstypischen, vorhersehbaren Schäden nicht abdeckt, sondern niedriger ist.

Letztlich trägt der Klauselverwender im deutschen Recht das Risiko der unwirksamen Klauseln, denn im Falle eines Verstoßes folgt nach bislang

¹⁷⁹ Siehe hierzu Ausführungen in Kapitel 1 – A.III.1.–5.

¹⁸⁰ Vgl. siehe so auch MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 79.

¹⁸¹ MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 79.

¹⁸² BGH, Urt. v. 4.2.2015 – VIII ZR 26/14, Rn. 16 = NJW-RR 2015, 738, 739; MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 19.

¹⁸³ Siehe so bspw. BGH, Urt. v. 8.3.1984 – VII ZR 349/82 = BGHZ 90, 273, 278 = NJW 1984, 1750, 1751; BGH, Versäumnisurt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06 (*Gleichschritt*-Entscheidung), Rn. 12 = BGHZ 174, 1, 4 ff. = NJW 2007, 3774, 3775; vgl. so auch MüKo / *Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 79.

ständiger Rechtsprechung die Gesamtnichtigkeit der Klausel (Verbot der geltungserhaltenden Reduktion).¹⁸⁴ Nur ausnahmsweise können solche Teile einer teilweise unwirksamen Klausel wirksam bleiben, die inhaltlich und sprachlich abtrennbar sind.

Somit sind im deutschen Recht sowohl der völlige Haftungsausschluss, als auch (summenmäßige) Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr möglich, wobei diverse Einschränkungen zu beachten sind. Unternehmen ist es nach derzeitiger Rechtslage und Rechtsprechung anzuraten, die Beschränkungsvorgaben des § 309 Nr. 7 BGB bei der Verwendung von Haftungsfreizeichnungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr zu beachten.

IV. Fazit zu Haftungsfreizeichnungsmöglichkeiten im deutschen AGB-Recht

Im deutschen Recht ist es grundsätzlich auch im unternehmerischen Rechtsverkehr möglich, Haftungsbeschränkungsklauseln wirksam in Verträgen zu vereinbaren. Die AGB-Kontrolle setzt diesen Klauseln gewisse Grenzen, die jedoch nicht bei Individualvereinbarungen greifen. Um eine solche Individualvereinbarung zu erlangen, hat der BGH beständig verlangt, dass der gesamte gesetzesfremde Kerngehalt ernsthaft zur Disposition gestellt werden muss. Dies hat sich auch in der aktuellen Rechtsprechung nicht geändert. Vielmehr mehren sich die Beispiele, in denen auch ein leichtes Verhandeln und teilweise sogar ein Verändern am Vertragsinhalt in unternehmerischen Verträgen nicht ausgereicht haben, um eine Individualvereinbarung anzunehmen, da die Klauseln nicht ernsthaft zur Disposition gestellt wurden. Der BGH wendet die AGB-Kontrolle mithin stringent an. Unternehmen dürfen nicht leichtfertig mit den Anforderungen des „Aushandelns“ i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB umgehen.

Die somit häufig in der Praxis in unternehmerischen Verträgen zur Anwendung gelangende AGB-Inhaltskontrolle unterstellt Haftungsbeschränkungs- und -ausschlussklauseln diversen Einschränkungen. Grenzen stellen einerseits die Unzulässigkeit der Freizeichnung von Kardinalpflichten und andererseits das – über die Indizwirkung des § 309 Nr. 7 BGB wirkende – Verbot der Freizeichnung für Verletzungen von Leben, Körper, Gesundheit und von grobem Verschulden dar, das sowohl für eigenes Verschulden als auch für das von Erfüllungsgehilfen gilt. Insofern ist es zwar möglich für Unternehmen im B2B-Verkehr sich in AGB von der Haftung freizuzeichnen oder diese zu beschränken, jedoch ist hohe Vorsicht geboten, um nicht eine unwirksame Haftungsfreizeichnungsklausel in einem späteren Prozess zu riskieren.

Der BGH ist seiner Rechtsprechungslinie in diversen Entscheidungen treu geblieben und hat die Maßstäbe des Anwendungsbereiches und der Inhaltskontrolle von AGB stets weiter im Detail ausdifferenziert. Das deutsche

¹⁸⁴ S.o. Kapitel 1 – A.III.6.

AGB-Recht hält zusammenfassend zwar verschiedene Eingriffsmöglichkeiten durch die AGB-Kontrolle in den Inhalt unternehmerischer Verträge bereit, diese sind jedoch stringent und somit vorhersehbar. Unternehmen sollten diese bei ihrer Vertragsgestaltung berücksichtigen.

B. Reformdiskussion um deutsches AGB-Recht

Die derzeitige Rechtslage der geltenden deutschen AGB-Kontrolle unterliegt teilweise starker Kritik. Insbesondere blieben die *Gleichschritt*-Entscheidung zur Indizwirkung sowie darauffolgende Entscheidungen zu den Anforderungen an ein Aushandeln i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB im unternehmerischen Verkehr nicht unbemerkt in Literatur und Praxis. Diese Entscheidungen lösten diverse neue Beiträge betreffend der AGB-Reformdiskussion aus. Verschiedenste Abhandlungen rügen eine neue Rechtsunsicherheit im deutschen AGB-Recht, die unternehmerisches Kalkulieren im deutschen Recht nun erschweren würde und warnen daher davor, dass sich Unternehmen durch die aktuelle BGH-Rechtsprechung verstärkt gezwungen sähen, dem deutschen AGB-Recht zu entfliehen.¹⁸⁵ Diese Auslandsrechtswahlen würden häufig in Kombination mit der Wahl ausländischer Gerichtsstandorte oder Schiedsklauseln erfolgen.¹⁸⁶

Nachfolgend werden zunächst die Reaktionen der Praxis auf die aktuelle Rechtslage und Rechtsprechung des BGH zur AGB-Kontrolle dargestellt (Ziff. I). Dem folgt ein Gesamtüberblick über die Reformdiskussion, die benannten Gründe und Ziele pro und kontra einer Reform des deutschen AGB-Rechts in unternehmerischen Verträgen (Ziff. II). In diesem Überblick wird herausgearbeitet, wie sich während der Reformdiskussion das Argument des „Risikos der Rechtsflucht“ stark herausgebildet hat, das sodann in dieser Arbeit kritisch hinterfragt wird. Durch die vielseitigen Interessen, die Aktualität und die neuen Datengrundlagen der empirischen Untersuchungen zum AGB-Recht ist mittlerweile eine ganze Reihe an Reformvorschlägen hervorgegangen. Diese werden abschließend kurz dargestellt (Ziff. III). Die diversen Versuche, Lösungsmöglichkeiten für eine AGB-Reform im deutschen Recht aufzuzeigen, verdeutlichen die Brisanz und die Komplexität der The-

¹⁸⁵ So u. a. *Berger*, NJW 2010, 465, 470; Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, Gesetzgebungsvorschlag April 2015, S. 2 f.; *Valdini*, ZIP 2017, 7 ff.; *Maier-Reimer*, NJW 2017, 1, 4; *Lischek / Mahnken*, ZIP 2007, 158, 163; *Hobeck*, SchiedsVZ 2005, 108, 112; spricht Auslandsrechtswahl immer wieder mit AGB-Recht und Umgehung an: *Kondring*, ZIP 2017, 706 ff.

¹⁸⁶ Zur Kombination von Rechtswahl und Gerichtsstandsklausel bzw. Schiedsklausel: *Pfeiffer*, in: FS Graf v. Westphalen, 2010, 555, 563; zur Kombination mit Schiedsklauseln: *Valdini*, ZIP 2017, 7 ff.; *Born*, International Arbitration and Forum Selection Agreements, 2016, S. 2.

matik und die Schwierigkeit, eine interessengerechte Lösung für diese Kernmaterie des Privatrechts zu finden.

I. Reaktionen der Praxis auf BGH-Rechtsprechung und Reformdiskussion

Die verschiedenen Reaktionen der Praxis auf die BGH-Rechtsprechung und die Reformdiskussion bezüglich des deutschen AGB-Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehr sollen hier in Kürze chronologisch dargestellt werden. Zunächst wurde eine Broschüre zur Bewerbung des Rechtsstandortes Deutschland veröffentlicht, bei der das deutsche Recht mit Zuspruch des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) beworben wurde. Sodann beschäftigte bereits 2012 den 69. Deutschen Juristentag das Thema der vermeintlichen Strenge der deutschen AGB-Kontrolle für unternehmerische Verträge. Das BMJV gab ebenfalls im Jahr 2012 ein Forschungsprojekt inklusive empirischer Studie in Auftrag, dessen Abschlussbericht im September 2014 veröffentlicht wurde. Seit dem Jahr 2013 äußern sich auch Zusammenschlüsse deutscher Wirtschaftsverbände zu den Überlegungen einer AGB-Reform im deutschen Recht. Erneute Aktualität bekommt die Reformdebatte durch die Erwähnung des AGB-Rechtsdiskurses im Koalitionsvertrag aus März 2018.

1. Broschüren zur Bewerbung des Rechtsstandortes

Zunächst wurden durch inländische Interessenverbände Broschüren zur Bewerbung des Rechtsstandortes entworfen, die sich mit befürwortenden Vorworten des jeweiligen amtierenden Justizministers des Landes präsentierten. Nachdem zuerst eine englische Broschüre 2007 der „Law Society of England and Wales“ mit Zuspruch des britischen Justizministeriums veröffentlicht wurde,¹⁸⁷ in der das englische Recht und der Rechtsstandort England beworben wurden, folgte kurze Zeit später Deutschland mit seiner Initiative „Law – Made in Germany“ im Oktober 2008 und deren Broschüre zur Bewerbung des deutschen Rechts, die ebenfalls Zuspruch durch das BMJV erhielt.¹⁸⁸ Die aktuellste Version der Broschüre ist in der dritten Auflage in diversen Sprachen aus dem Jahr 2014 verfügbar.¹⁸⁹ In der Broschüre wird die deutsche Rechtsordnung als global, effektiv und kostengünstig beschrieben und die

¹⁸⁷ Broschüre, „England and Wales: The jurisdiction of choice“, 2007, Zuspruch des Ministry of Justice durch damals amtierenden Secretary of State for Justice, *Jack Straw*, S. 5.

¹⁸⁸ Broschüre „Law – Made in Germany“, 3. Aufl. 2014. 1. und 2. Auflage sind nicht mehr abrufbar, die 1. Auflage wird jedoch als Positionspapier vom 27. Oktober 2008 zitiert bei *Peters*, in: *Peters / Giegerich / Hatje*, *Gemeinwohl durch Wettbewerb?* (2010), S. 10, Fn. 3 und als Broschüre aus 2009 zitiert bei *Kötz*, ERPL 2010, 1243, 1243; *Rühl*, JZ 2017, 72, 72 (dort Fn. 2) zitiert die Auflagen der Broschüre als: 1. Aufl. 2007, 2. Aufl. 2012, 3. Aufl. 2014.

¹⁸⁹ Abrufbar unter: <<http://www.lawmadeingermany.de/>>.

Qualität des deutschen Rechts angepriesen. Es werden die Rechtssicherheit durch Kodifikationen, das Vertragsrecht und die Vertragsfreiheit und die Möglichkeit maßgeschneiderter Einzelfalllösungen hervorgehoben. Daneben werden die Verlässlichkeit der öffentlichen Register, die Rechtssicherheit und Flexibilität der Finanzierungen, die unabhängigen, schnellen und kostengünstigen deutschen Gerichte und die Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung des Rechtsstandortes Deutschland beworben.

2. 69. Deutscher Juristentag 2012

Die Thematik der Rechtsflucht und der Strenge des deutschen AGB-Rechts erreichte auch die Besprechungen des 69. Deutschen Juristentag in München 2012.¹⁹⁰ Dieser hat in Form von drei Abstimmungen durch Beschluss zum Thema einer AGB-Reform Stellung genommen.¹⁹¹ Entschieden wurde zunächst die Ablehnung der von der Rechtsprechung herausgebildeten weitgehenden Gleichbehandlung von AGB im B2C- und B2B-Verkehr, insbesondere der Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB.¹⁹² Die zweite Abstimmung zum Diskussionspunkt der AGB im B2B-Bereich ergab, dass die Mehrheit der Anwesenden im B2B-Bereich eine Anpassung der Anforderungen an das Aushandeln von Vertragsbedingungen an die Gepflogenheiten unternehmerischer Vertragsverhandlungen befürwortete.¹⁹³ Das dritte und letzte Abstimmungsergebnis zeigte eine mehrheitliche Befürwortung einer Orientierung des Maßstabes der AGB-Inhaltskontrolle im B2B-Bereich an der guten unternehmerischen Praxis (*good commercial practice*) einer Branche, eines Industriesektors beziehungsweise eines Wirtschaftszweiges.¹⁹⁴ Dennoch ist der Gesetzgeber bislang nicht aktiv geworden.

3. BMJV und Leuschner-Studie (2014)

Das BMJV hat im Jahr 2012 Wirtschaftsverbände aus allen Wirtschaftsbereichen angehört, um einen Überblick der Interessen und der Diskussionslage zur Thematik des AGB-Rechts im B2B-Verkehr zu erlangen.¹⁹⁵ Zur Erforschung der Thematik hat es sodann auf Grundlage einer Ausschreibung aus

¹⁹⁰ Beschlüsse des 69. Deutschen Juristentages, München 2012, Abteilung Zivilrecht, S. 5, Abschnitt IV.

¹⁹¹ Beschlüsse des 69. Deutschen Juristentages, München 2012, Abteilung Zivilrecht, S. 5, Abschnitt IV.

¹⁹² Beschlüsse des 69. Deutschen Juristentages, München 2012, S. 5, Abteilung Zivilrecht, Abschnitt IV, Frage 1.

¹⁹³ Beschlüsse des 69. Deutschen Juristentages, München 2012, S. 5, Abteilung Zivilrecht, Abschnitt IV, Frage 2.

¹⁹⁴ Beschlüsse des 69. Deutschen Juristentages, München 2012, S. 5, Abteilung Zivilrecht, Abschnitt IV, Frage 3.

¹⁹⁵ *Rühl*, TranspR 2018, 265, 266.

November 2012 ein Forschungsvorhaben in Auftrag gegeben, dass darauf zielte zu ermitteln, ob die Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr einer Reform bedarf. Der Fokus lag dabei auf der Behandlung von Haftungsbeschränkungen und -ausschlüssen.¹⁹⁶ Das in die Wege geleitete Projekt wurde von Professor *Leuschner* unter Mitarbeit von Dr. *Meyer* durchgeführt.¹⁹⁷ Thematisch beschäftigt sich das Forschungsprojekt einerseits mit einer Analyse der bisherigen Rechtsprechung, branchenüblicher Haftungsbeschränkungen sowie einer Rechtsvergleichung mit Frankreich, England, USA, Österreich, Schweiz und Polen und andererseits mit der Durchführung der empirischen Untersuchung zum deutschen AGB-Recht.¹⁹⁸ Das Ergebnis ist die *Leuschner-Studie* (2014) mit Abschlussbericht vom 30. September 2014.¹⁹⁹ Die umfangreiche und durchdachte Studie erlaubt einen sehr detaillierten Einblick in die unternehmerischen Entscheidungen deutscher Unternehmen und die Eindrücke von Schiedsexperten.²⁰⁰ Sie ist zwischen August 2013 und August 2014 durchgeführt worden. Dabei wurden zwei voneinander unabhängige rechtstatsächliche Untersuchungen in Form von Experteninterviews unter Verwendung geschlossener Online-Fragebögen durchgeführt: Eine Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit und eine Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern.²⁰¹ Die zwei Teile umfassen Antworten von 1.220 deutschen Unternehmen in der Umfrage an Unternehmen und 193 Antworten in der Umfrage an Schiedsexperten.²⁰² Im Rahmen dieser Umfragen wurde auch nach dem Einfluss der §§ 305 ff. BGB auf die Rechtswahl und nach der Bedeutung der Regelungen über die Inhaltskontrolle von AGB in Schiedsverfahren gefragt.²⁰³ Da nur wenig Fallmaterial anhand des Zusammenhangs der unternehmerischen Rechtswahl und sonstigen Ansichten

¹⁹⁶ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 1.

¹⁹⁷ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 3; Analyse und Bericht über die Studie durch *Leuschner*, NJW 2016, 1222–1225 und *Leuschner / Meyer*, SchiedsVZ 2016, 156–160 (zur Umfrage an Experten der Schiedsgerichtsbarkeit).

¹⁹⁸ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014.

¹⁹⁹ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014.

²⁰⁰ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 5–7.

²⁰¹ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 5–9 (Ergebnisse in Kürze), S. 137–282 (umfassend).

²⁰² *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 5, 7.

²⁰³ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 137 f.; Bericht und Besprechung in: *Leuschner / Meyer*, SchiedsVZ 2016, 156, 156.

zum deutschen AGB-Recht verfügbar sind, liefert die Umfrage interessante Aspekte, die als Grundlage für diese Arbeit herangezogen werden.

Das umfangreich begründete und analysierte Ergebnis der Studie war aus der Sicht der Verfasser *Leuschner/Meyer*, dass es einer AGB-Reform bedarf.²⁰⁴ Sie erachten auf Grundlage der Untersuchungsergebnisse die Position des deutschen Rechts als eine Sonderrolle zu anderen Rechtsordnungen, da es den Unternehmen nicht ermöglicht, scheinbar notwendige Haftungsbeschränkungen wirksam durchzusetzen.²⁰⁵ Ihre Empfehlungen zum Tätigwerden des Gesetzgebers sind dreierlei. Einerseits befürworteten sie die Einführung einer Regelung, die summenmäßige Haftungsbeschränkungen im unternehmerischen Rechtsverkehr zulässt, sofern sie dem Verwender nicht jeglichen Anreiz zum sorgfältigen Handeln nehmen und der Klauselgegner explizit auf die Haftungshöchstsumme hingewiesen worden ist (Vorschlag 1).²⁰⁶ Alternativ schlagen sie einen begrenzten Anwendungsbereich der §§ 307 ff. BGB abhängig vom Gegenstandswert des Vertrages vor, wobei hohe Vertragswerte nicht in den Anwendungsbereich fallen sollen (Vorschlag 2).²⁰⁷ Letztlich und drittens schlagen sie als Zusatz zum Vorschlag 2 vor, dass eine Regelung eingeführt werden solle, wonach bei Vorliegen eines erheblichen wirtschaftlichen Ungleichgewichts die AGB-Kontrolle (entsprechend) auch oberhalb der Wertgrenze Anwendung finden soll (Vorschlag 3 = Ergänzungsvorschlag zu Vorschlag 2).²⁰⁸ Der Gesetzgeber ist bislang nicht tätig geworden.

4. Initiativen verschiedener Wirtschaftsverbände

Verschiedene deutsche Wirtschaftsverbände haben sich ebenfalls bezüglich der Reformdiskussion um das deutsche AGB-Recht geäußert und sich in ihrer Haltung positioniert. So hat die „Initiative pro AGB-Recht“, die aus über 30 Wirtschaftsverbänden verschiedenster Branchen besteht, bereits im Jahr 2013 durch eine gemeinsame Erklärung ihren Standpunkt für das geltende AGB-Recht und gegen eine AGB-Reform für den unternehmerischen Rechtsverkehr kundgetan.²⁰⁹ Aus erneuter Aktualität aufgrund der Vereinbarungen des Koalitionsver-

²⁰⁴ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 9 f. (Ergebnisse in Kürze), S. 287 ff. (umfassende abschließende Empfehlungen).

²⁰⁵ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 10 und S. 288 f.

²⁰⁶ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 10 und S. 289 f.

²⁰⁷ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 10 und S. 290 f.

²⁰⁸ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 10 und S. 291.

²⁰⁹ Siehe „Allgemeine Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen – Gemeinsame Erklärung 2013“, Initiative pro AGB-Recht, April 2013.

trages aus März 2018 (dazu sogleich in nachfolgender Ziffer) bekundet sie ihren Standpunkt mit Nachdruck ein weiteres Mal durch ihr Thesenpapier aus Februar 2019.²¹⁰ Gleichzeitig besteht auch eine „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“, die, angestoßen von Wirtschaftsverbänden und Anwaltskanzleien, im Jahr 2008 gegründet wurde.²¹¹ Die Initiative wird vom Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V. (VDMA), vom Zentralverband Elektrotechnik- und Elektronikindustrie e.V. (ZVEI), Wirtschaftsanwälten, Rechtswissenschaftlern sowie Syndizi aus Unternehmen getragen. Sie spricht sich in ihrem Positionspapier aus April 2015 für eine Reform des geltenden AGB-Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehr aus.²¹²

5. Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode (März 2018)

Erneute Aktualität bekommt die Thematik der Reformdiskussion des deutschen AGB-Rechts durch ihre Erwähnung im Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode vom 12. März 2018.²¹³ Der Agenda zufolge soll das AGB-Recht „mit dem Ziel, die Rechtssicherheit für innovative Geschäftsmodelle zu verbessern“ auf den Prüfstand gestellt werden.²¹⁴ Woher der Fokus im Koalitionsvertrag auf sog. „innovative Geschäftsmodelle“ stammt, lässt ein Blick in das Ergebnispapier der „Plattform Industrie 4.0 – wie das Recht Schritt hält“ des Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) aus Oktober 2016²¹⁵ vermuten. Auf drei Seiten wird darin beschrieben, warum das geltende AGB-Recht insbesondere für innovative Geschäftsmodelle, etwa Start-ups und Kleinstunternehmen, kleine und mittlere Unternehmen (KMU), eine „belastbare vertragliche Grundlage“ verhindere und somit einen Standortnachteil mit sich bringe.²¹⁶ Neben der Erwähnung im Koalitionsvertrag kündigte gleichfalls *Wolfgang Rühl* (MinDirig des BMJV) auf dem Hamburger Transportrechtskolloquium der Deutschen Gesellschaft für Transportrecht im April 2018 an, dass sich das BMJV schon im

²¹⁰ „Position: Standortvorteil AGB-Recht Fair, Rechtssicher, Innovationsfördernd“, Initiative pro AGB-Recht, Februar 2019.

²¹¹ „Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, April 2015, S. 2.

²¹² „Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, April 2015.

²¹³ Koalitionsvertrag vom 12. März 2018 zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 131.

²¹⁴ Koalitionsvertrag vom 12. März 2018 zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 131.

²¹⁵ Ergebnispapier, „Plattform Industrie 4.0 – wie das Recht Schritt hält“, BMWi, 10/2016, S. 4–6 zum AGB-Recht.

²¹⁶ Ergebnispapier, „Plattform Industrie 4.0 – wie das Recht Schritt hält“, BMWi, 10/2016, S. 4–6.

Hinblick auf den Koalitionsvertrag weiterhin mit der AGB-Rechts-Thematik im B2B-Verkehr beschäftigt wird.²¹⁷

II. Argumente des Reformdiskurses der §§ 305 ff. BGB für den unternehmerischen Rechtsverkehr

In der Reformdebatte zeichnen sich inzwischen zwei vehemente Lager der Diskutanten ab: Die Reformbefürworter und die Reformgegner.²¹⁸ Uneinigkeit besteht hinsichtlich einer Reform bereits auf der Ebene, ob ein Reformbedarf überhaupt bestehe. Ferner ist ein reger Diskurs in Wissenschaft und Praxis bezüglich der Frage, wie im Falle einer Reform zu reformieren wäre, im Gange. Welche Aspekte der geltenden AGB-Kontrolle für den unternehmerischen Rechtsverkehr im deutschen Recht gerügt werden, soll hier systematisch dargestellt werden. Dabei wird auf die Kritikpunkte der Reformbefürworter sowie die anvisierten Ziele einer AGB-Reform und die Argumente der Reformgegner gegen eine Reform der §§ 305 ff. BGB eingegangen.

1. Argumente für eine AGB-Reform

Kernkritikpunkte der Reformbefürworter am geltenden AGB-Recht für unternehmerische Verträge sind die verschärfte Inhaltskontrolle aufgrund der Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB und der ausgedehnte Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle. Die durch die Rechtsprechung angenommene Indizwirkung der speziellen Klauselverbote für den unternehmerischen Verkehr missachte die Besonderheiten des unternehmerischen Verkehrs (Buchst. a). Es sei schwierig und kaum möglich, Haftungsausschlussklauseln im B2B-Verkehr wirksam zu vereinbaren (Buchst. b). Die hohe Hürde des „Aushandelns“ für eine Nichtanwendbarkeit der AGB-Kontrolle führe zudem dazu, dass B2B-Verträge häufig der AGB-Kontrolle unterliegen (Buchst. c). Überdies ist der Aspekt der „Wettbewerbsfähigkeit“ des deutschen AGB-Rechts und das Risiko der Rechtsflucht ein im Reformdiskurs durch die Reformbefürworter hervorgehobenes Argument (Buchst. d). Reformbefürworter fordern eine Gesetzesreform der §§ 305 ff. BGB aus Sorge um die „Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit“ des deutschen Rechts. Letztlich ist den Reformbefürwortern zufolge kein Rechtsprechungswandel des BGH ersichtlich, sodass es einer Reform *de lege ferenda* bedürfe (Buchst. e). Ziel der Reform sei es, eine rechtssicherere Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen im unternehmerischen Rechtsverkehr zu ermöglichen. Das Erreichen eines „Aushandelns“ und folglich einer Abwendung des Anwendungsbereichs der AGB-Kontrolle im

²¹⁷ Rühl, TranspR 2018, 265, 265; Hamburger Transportrechtskolloquium 2018 der Deutschen Gesellschaft für Transportrecht (DGTR), 20.4.2018, Veranstaltungsankündigung abrufbar unter: <<https://transportrecht.org/hamburger-transportrechtskolloquium-2018/>>.

²¹⁸ Vgl. Fn. 4 mit Einteilung in Reformbefürworter (pro) und Reformgegner (kontra).

B2B-Verkehr solle rechtssicherer und vorhersehbarer bestehen. Wenn dies nicht für den gesamten B2B-Verkehr möglich sei, sollten zumindest internationale unternehmerische Verträge oder Verträge ab einem bestimmten Vertragsvolumen aus der AGB-Kontrolle herausgenommen werden (Buchst. f).

a) Kritik an Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB auf unternehmerische Verträge

Der erste Hauptkritikpunkt ist die Indizwirkung der Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB. Diese sei ein wesentlicher Grund für ein Reformbedürfnis.²¹⁹ Die Reformbefürworter werfen der höchstrichterlichen Rechtsprechung vor, dass diese die vom Gesetzgeber geschaffenen Differenzierungsmöglichkeiten bei der AGB-Kontrolle zwischen dem unternehmerischen Verkehr und dem Geschäftsverkehr mit Verbrauchern nicht ausreichend beachtet und somit ohne hinreichenden Rechtfertigungsgrund eine „faktische Gleichbehandlung“ dieser beiden Verkehrsfelder entstanden sei.²²⁰ Das Differenzierungsgebot des § 310 Abs. 1 BGB zwischen dem B2B- und B2C-Verkehr würde von der Rechtsprechung nicht ausreichend beachtet.²²¹ Dieser Gleichlauf beider Verkehrsfelder stehe im Widerspruch zu der vom Gesetzgeber bewusst vorgenommenen Unterscheidung.²²² Der Gesetzgeber habe bereits in seiner Gesetzesbegründung zum AGBG auf das Bedürfnis einer „stärkeren Elastizität“ im kaufmännischen Rechtsverkehr hingewiesen.²²³ Die gesetzliche Risikoverteilung würde von der Wirtschaft vielfach als ungeeignet empfunden.²²⁴

Weiter wird der geltenden AGB-Kontrolle vorgeworfen, dass das Schutzbedürfnis bei AGB-Kunden im B2B-Verkehr nicht so ausgeprägt sei wie bei Endabnehmern.²²⁵ Ein Eingriff in den unternehmerischen Rechtsverkehr führe teilweise zu einem verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten Eingriff in die

²¹⁹ „Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, April 2015, S. 1; *Berger*, NJW 2010, 465, 465.

²²⁰ *Lenkaitis/Löwisch*, ZIP 2009, 441, 443 ff.; *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658, 2660; *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2149 ff.; *ders.*, NJW 2010, 465, 465; *Berger/Kleine*, BB 2007, 2137, 2137 f.; *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309, 311; *Müller*, TranspR 2018, 276, 278; *Fuchs*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn. 373; *Abels*, FAZ, Recht und Steuern, 7.8.2007.

²²¹ *Berger/Kleine*, BB 2007, 2137, 2137; *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2150.

²²² *Lenkaitis/Löwisch*, ZIP 2009, 441, 443; *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2151.

²²³ *Müller*, TranspR 2018, 276, 278 unter Verweis auf BT-Drs. 7/3919, S. 24 – meint vermutlich S. 14; *Lenkaitis/Löwisch*, ZIP 2009, 441, 443 unter Verweis auf: BT-Drs. 7/3919, S. 14 (rechts).

²²⁴ *Berger/Kleine*, BB 2007, 2137, 2137.

²²⁵ *Kessel/Stomps*, BB 2009, 2666, 2668; *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2151 mit Verweis auf Begr. des RegE zum AGBG, BT-Drs. 7/3919, S. 43 (links), zu § 12 AGBG-E (später § 24 AGBG).

Vertragsfreiheit.²²⁶ Nicht einzusehen sei zudem, warum Unternehmen nicht durch eigene AGB gegenüber anderen markterfahrenen Unternehmern in der Lage sein sollten, ihrem Marktumfeld und ihrer Vermarktungsstrategie angepasste AGB in ihre Verträge zu integrieren.²²⁷ Eine Abweichung vom dispositiven Recht im unternehmerischen Verkehr stünde nicht im Widerspruch mit dem Gesetz.²²⁸ Eine bevormundende Inhaltskontrolle im B2B-Verkehr müsse künftig verhindert werden.²²⁹

Die Reformbefürworter rügen, dass das deutsche Recht durch die Indizwirkung für Verträge im internationalen B2B-Verkehr unattraktiv sei.²³⁰ So seien beispielsweise fünfjährige Verjährungsfristen bei internationalen Bauverträgen unüblich, sodass ausländische Bauunternehmer ungern ihre Verträge deutschem Recht unterstellen würden, da dies bedeutet, dass sie mindestens fünf Jahre auch im B2B-Verkehr Ansprüchen ausgesetzt sein könnten.²³¹

b) Hohe Hürden für Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr

Insbesondere wird durch die Reformbefürworter gerügt, dass Haftungsbeschränkungen in AGB-Klauseln im deutschen Recht unmöglich gemacht würden.²³² Das deutsche Recht lasse es nicht zu, dass Unternehmer im B2B-Verkehr die erforderlichen Haftungsfreizeichnungen für ein kalkulierbares Risiko und unternehmerisches Handeln wirksam durch AGB vereinbaren könnten.²³³ Unternehmen müssten, um monetäre Erfolge erwirtschaften zu können, wirtschaftliche Risiken eingehen und benötigten dafür zwingend ein betriebswirtschaftliches und leistungsfähiges Risikomanagement zur Steuerung und Kontrolle.²³⁴ Weder Haftungsfreizeichnungen noch Haftungsbegrenzungsklauseln, sog. *Cap-Klauseln*, könnten unter deutschem AGB-Recht vereinbart werden.²³⁵ Dabei seien Haftungsausschlüsse und -begrenzungen ein

²²⁶ Kessel / Stomps, BB 2009, 2666, 2668 f.

²²⁷ Kessel / Stomps, BB 2009, 2666, 2670.

²²⁸ Kessel / Stomps, BB 2009, 2666, 2670.

²²⁹ Berger, ZIP 2006, 2149, 2156.

²³⁰ So bspw. Müller, TranspR 2018, 276, 278.

²³¹ Müller, TranspR 2018, 276, 278 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 8.3.1984 – VII ZR 349/82 in dem der BGH eine Verkürzung der fünfjährigen Gewährleistungsfrist für Arbeiten bei Bauwerken, § 638 Abs. 1 BGB, als entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligend einstufte und somit gem. § 9 AGBG die Verkürzung als unzulässig erachtete.

²³² Rühl, TranspR 2018, 265, 266; Berger / Kleine, BB 2007, 2137, 2137 f.; Leuschner, ZIP 2015, 1045 1046.

²³³ U.a. Müller / Griebeler / Pfeil, BB 2009, 2658, 2659 f.; Kessel / Stomps, BB 2009, 2666, 2668; Lenkaiis / Löwisch, ZIP 2009, 441, 445; Berger, ZIP 2006, 2149, 2156.

²³⁴ Lischek / Mahnken, ZIP 2007, 158, 158 f.

²³⁵ Berger / Kleine, BB 2007, 2137, 2138.

essenzieller Teil des Vertragswerkes.²³⁶ Nach Ansicht der Reformbefürworter würden Haftungsbeschränkungsklauseln selbst dann widersprüchlicher Weise der Angemessenheitskontrolle des § 307 BGB unterzogen werden, wenn die Verwendergenseite die Klausel für sachgerecht hielte, weil sie im nationalen und internationalen Handelsverkehr absolut üblich wäre.²³⁷ Im unternehmerischen Rechtsverkehr sei es jedoch weit verbreitet Haftungsbeschränkungsklauseln zu nutzen und es entspräche dem Marktstandard, summenmäßige Haftungsbeschränkungen als Bestandteil der von den Parteien vereinbarten Risikoallokation festzulegen.²³⁸ Auf der Grundlage der anerkannten Grundsätze des deutschen AGB-Rechts sei eine Gesamtbetrachtung der vertraglichen Regelungen, die auch haftungserweiternde Elemente in den Blick nehmen würde, nicht durchführbar.²³⁹ Folglich sei eine formularmäßige Haftungsfreizeichnung für in der Praxis relevante Schadenspositionen nach deutschem AGB-Recht unmöglich.²⁴⁰ Dies habe zur Folge, dass weder eine Haftungsfreizeichnung für grobe Fahrlässigkeit derzeit möglich sei, noch eine Haftungsfreizeichnung für leichte Fahrlässigkeit wesentlicher Vertragspflichten (Kardinalpflichten), die über den vertragstypischen, vorhersehbaren Schaden hinausgehen.²⁴¹ Ein effektives Risikomanagement in komplexen B2B-Verträgen werde durch das Verbot solcher Haftungsausschlüsse verhindert.²⁴² Insbesondere dort, wo es keinen Versicherungsschutz gebe, behindere dies den unternehmerischen Verkehr.²⁴³ Die Indizwirkung des § 309 Nr. 7 und 8 BGB stelle hier eine erhebliche Beschränkung dar.²⁴⁴ Im kaufmännischen Verkehr seien für die Kosten- und Risikokalkulation Haftungsbeschränkungs- und Freizeichnungsklauseln wichtig und üblich.²⁴⁵ Diese würden durch die Rechtsprechung stets als AGB und somit als unwirksam angesehen werden.²⁴⁶

c) Kritik an Anforderungen des Aushandelns

Zweiter Kritikpunkt der Reformbefürworter ist, dass neben der Indizwirkung der Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB der Ausweg in kontrollfreie Indivi-

²³⁶ Berger / Kleine, BB 2007, 2137, 2137 f.

²³⁷ Berger / Kleine, BB 2007, 2137, 2137.

²³⁸ Leuschner / Meyer, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 2.

²³⁹ Leuschner / Meyer, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 2.

²⁴⁰ Berger / Kleine, BB 2007, 2137, 2138.

²⁴¹ Kessel / Stomps, BB 2009, 2666, 2666.

²⁴² Berger / Kleine, BB 2007, 2137, 2138.

²⁴³ Berger / Kleine, BB 2007, 2137, 2138.

²⁴⁴ Rühl, TranspR 2018, 265, 267.

²⁴⁵ Berger, NJW 2010, 465, 465.

²⁴⁶ Berger, NJW 2010, 465, 465.

dualvereinbarungen quasi versperrt sei.²⁴⁷ Gewisse Beschränkungen durch die AGB-Kontrolle seien nach Ansicht der Reformbefürworter eher ertragbar, wenn der BGH das Erreichen einer „Individualvereinbarung“ nicht so schwierig gestaltet hätte.²⁴⁸ Selbst wenn unternehmerische Verträge intensiv verhandelt worden seien, würde nach der Rechtsprechung des BGH das Vorliegen von AGB bejaht oder zumindest Rechtsunsicherheit darüber verbleiben, ob eine Inhaltskontrolle vorgenommen wird, sodass der Ausweg über die Individualvereinbarung versperrt oder mit Rechtsunsicherheit belastet sei.²⁴⁹ Der BGH stelle eine ebenso hohe Hürde an ein „Aushandeln“ im B2B-Verkehr wie im B2C-Verkehr.²⁵⁰ Insbesondere die stetig bestehende Gefahr, eine später durch ein Gericht als unwirksam erklärte AGB-Klausel vereinbart zu haben, wird als lähmend und zu risikoreich für den unternehmerischen Geschäftsverkehr erachtet.²⁵¹ Es könne nicht Aufgabe der Rechtsprechung sein, dem unternehmerischen Vertragspartner des Klauselverwenders nachträglich Risiken abzunehmen, die dieser zuvor unter freiwilligem Verzicht, unabhängig aus welchen Gründen, für seinen Geschäftskreis eingegangen ist.²⁵² Dies belaste die Wirtschaft – insbesondere den beweispflichtigen AGB-Verwender – mit erheblichen Anforderungen an die Protokollierung bei den Vertragsverhandlungen bis zum Vertragsschluss und bei Vertragsänderungen.²⁵³ Es stelle einen unvermeidbaren Aufwand und nicht zu bewältigende Kosten dar.²⁵⁴ Unternehmen sei anzuraten, soweit es noch praktikabel und betriebswirtschaftlich sinnvoll sei, ausführliche Dokumentationen des Verhandlungsverlaufs (bspw. durch *mark-up copies* oder ausführliche Protokollierung, ggf. auch Audioprotokollierung) vorzunehmen, um im Streitfall vor Gericht nachweisen zu können, dass die Klauseln ausgehandelt wurden.²⁵⁵ Zudem sollten die Parteien den engen Zusammenhang ihrer Vertragsverhand-

²⁴⁷ Müller, TranspR 2018, 276, 279; „Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, April 2015, S. 4.

²⁴⁸ Müller, TranspR 2018, 276, 279.

²⁴⁹ Lischek/Mahnken, ZIP 2007, 158, 160; Berger, NJW 2010, 465, 465; „Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, April 2015, S. 4; Leuschner, ZIP 2015, 1045, 1048; Müller, TranspR 2018, 276, 277 und 279; Herber, TranspR 2018, 295, 296.

²⁵⁰ Berger, NJW 2010, 465, 465.

²⁵¹ Lenkatis/Löwisch, ZIP 2009, 441, 443 f.; Berger, ZIP 2006, 2149, 2152; ders., NJW 2010, 465, 465; Lischek/Mahnken, ZIP 2007, 158; 163; so referiert zusammenfassend auf dem Hamburger Transportrechtskolloquium 2018 der Deutschen Gesellschaft für Transportrecht (DGTR), 20.4.2018: Herber, TranspR 2018, 295, 295.

²⁵² Berger, ZIP 2006, 2149, 2152.

²⁵³ Herber, TranspR 2018, 295, 296; Berger/Kleine, BB 2007, 2137, 2137.

²⁵⁴ Berger/Kleine, BB 2007, 2137, 2137.

²⁵⁵ Berger/Kleine, BB 2007, 2137, 2141.

lungen zwischen Klausel- und Preisgestaltung hervorheben und beispielsweise durch alternative Vertragsentwürfe mit abgeänderten Klauseln und Preisabreden belegen können.²⁵⁶ Es sei jedoch nicht praxisnah von den Gerichten, eine so extrem detailbezogene Anforderung an das Aushandeln im Wirtschaftsverkehr zu stellen.²⁵⁷ In der Praxis würden die Parteien vielfach „Paketlösungen“ beim Vertragsschluss verhandeln oder Risiken „einpreisen“, sodass im Endeffekt ein rechtlich und wirtschaftlich ausgewogener Vertrag als Gesamtwerk zustande käme.²⁵⁸ Aufgrund der Branchenüblichkeit bestimmter Haftungsfreizeichnungen würden in der Praxis teilweise von keiner Partei diese Haftungsausschlussklauseln grundsätzlich in Frage gestellt.²⁵⁹ Dies führe jedoch in der Konsequenz dazu, dass es am *ernsthafte[n] zur-Disposition-Stellen des gesetzesfremden Kerngehaltes*, das nach ständiger Rechtsprechung Voraussetzung für eine Individualvereinbarung ist, fehle.²⁶⁰

d) Mangelnde Wettbewerbsfähigkeit des deutschen AGB-Rechts und Zwang zur Rechtsflucht

Letztes und international ansetzendes Argument und Vorwurf der Reformbefürworter ist, dass deutsche Unternehmen ihre Verträge fremdem Recht unterstellen müssten, um „Branchenstandards“ wirksam durchsetzen zu können²⁶¹ und somit eine „Flucht aus dem deutschen AGB-Recht“ erfolge.²⁶² Einige BGH-Kritiker raten Unternehmern daher, ihre vertraglichen Abreden dem deutschen AGB-Recht zu entziehen.²⁶³ Das deutsche AGB-Recht würde im grenzüberschreitenden Verkehr ein Wettbewerbsnachteil für deutsche Unternehmen, soweit sie AGB-Verwender sind, bedeuten.²⁶⁴ Das deutsche AGB-Recht habe sich zu einem „Standortnachteil“ für Deutschland beziehungsweise zu einem Rechtswahlnachteil für das deutsche Recht entwickelt.²⁶⁵ So könne der „Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-

²⁵⁶ Berger / Kleine, BB 2007, 2137, 2141.

²⁵⁷ Berger / Kleine, BB 2007, 2137, 2137.

²⁵⁸ Berger / Kleine, BB 2007, 2137, 2137.

²⁵⁹ Leuschner / Meyer, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 2 f.

²⁶⁰ Leuschner / Meyer, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 3; zur ständigen Rechtsprechung des BGH s.o. Fn. 44.

²⁶¹ Müller / Griebeler / Pfeil, BB 2009, 2658, 2659; Herber, TranspR 2018, 295, 296.

²⁶² Solche Bedenken bzw. Vorwürfe äußern u.a.: Müller / Griebeler / Pfeil, BB 2009, 2658, 2659; Berger, ZIP 2006, 2149, 2149; ders., NJW 2010, 465, 466 f.; Lischek / Mahnken, ZIP 2007, 158, 163; Lenkaitis / Löwisch, ZIP 2009, 441, 447; Kessel / Stomps, BB 2009, 2666, 2666 und 2675; Abels, FAZ, Recht und Steuern, 7.8.2007; „Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, April 2015, S. 2 f.

²⁶³ Lenkaitis / Löwisch, ZIP 2009, 441, 442.

²⁶⁴ Berger / Kleine, BB 2007, 2137, 2138.

Rechts“ zufolge, das Ziel, Unternehmen in grenzüberschreitenden Verträgen zu ermutigen, deutsches Recht zu wählen, nur erreicht werden, wenn die AGB-Kontrolle im Bereich des unternehmerischen Geschäftsverkehrs flexibler gestaltet würde.²⁶⁶ Eine aus einer Reform des deutschen AGB-Rechts resultierende erhöhte Attraktivität des deutschen Rechts würde der Initiative zufolge auch der in der Unternehmenspraxis zu beobachtenden Tendenz einer „Flucht“ in ausländische Rechtsordnungen entgegenwirken.²⁶⁷ Das Verbot von Haftungsfreizeichnungen im deutschen Recht zwänge Unternehmen dazu, Versicherungen abzuschließen und letztlich den Preis zu erhöhen.²⁶⁸ Unter den Rechtsordnungen der Länder England, Frankreich, USA, Österreich, Schweiz und Polen würden den Teilnehmern des unternehmerischen Rechtsverkehrs deutlich größere Spielräume bei der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen zustehen, als es nach deutschem Recht möglich sei.²⁶⁹ Die starre AGB-Kontrolle des BGH sei ein großes Hindernis für die internationale Akzeptanz des deutschen Rechts.²⁷⁰ Unternehmen, die noch nicht in Deutschland tätig seien, würden sich so erst gar nicht dem unternehmerischen Risiko des deutschen AGB-Rechts aussetzen.²⁷¹ Eine gleichbleibende Rechtslage im deutschen AGB-Recht würde einen weiteren Wettbewerbsnachteil für den Wirtschaftsstandort Deutschland bedeuten.²⁷² Reformbefürworter meinen, dass die Rechtsprechung des BGH zum AGB-Recht im B2B-Verkehr die

²⁶⁵ So bspw. *Müller / Schilling*, BB 2012, 2319, 2319; BMWi unter Verweis auf *Leuschner*-Studie (2014) in Ergebnispapier, „Plattform Industrie 4.0 – wie das Recht Schritt hält“, BMWi, 10/2016, S. 5.

²⁶⁶ „Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, April 2015, S. 2 f.

²⁶⁷ „Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, April 2015, S. 2 f.

²⁶⁸ *Berger / Kleine*, BB 2007, 2137, 2138.

²⁶⁹ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 3 und S. 135; zum Ausweichen ins Schweizer Recht: *Mankowski*, Rechtskultur (2016), S. 409; ohne Stellungnahme zur Reform jedoch mit Hinweisen auf diese Attraktivität des Ausschaltens der deutschen AGB-Kontrolle durch Rechtswahl in andere europäischen Rechtsordnungen ohne Inhaltskontrolle von AGB im B2B-Verkehr – vorausgesetzt diese Abwahl sei kollisionsrechtlich möglich – bereits *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 294 f.; nur zum Schweizer Recht: *Lischek / Mahnken*, ZIP 2007, 158, 163.

²⁷⁰ *Müller*, TransPR 2018, 276, 280; *Lischek / Mahnken*, ZIP 2007, 158, 163.

²⁷¹ *Lenkaitis / Löwisch*, ZIP 2009, 441, 444; bereits *Rabe*, NJW 1987, 1978, 1979 beschreibt, wie 1987 österreichisches AGB-Recht mehr Freiheit für unternehmerische Verträge bot, da keine AGB-Kontrolle für den unternehmerischen Verkehr zur damals geltenden Rechtslage im österreichischen Recht bestand und somit das österreichische Recht vorteilhafter für seine Mandantin war als deutsches Recht.

²⁷² *Lenkaitis / Löwisch*, ZIP 2009, 441, 444.

internationale Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Rechts und der deutschen Wirtschaft behindern würde.²⁷³ Sie formulieren es so, dass durch eine AGB-Reform „[...] die berüchtigte ‚AGB-Falle‘ des deutschen Rechts für das b2b-Geschäft entschärft und zugleich die internationale Konkurrenzfähigkeit des deutschen Vertragsrechts wiederhergestellt [würden].“²⁷⁴ Im Wettbewerb der Rechtsordnungen sei es wichtig, nicht zu lange auf eine Rechtsprechungsänderung des BGH zu warten, sondern dass der Gesetzgeber schnellstmöglich durch eine AGB-Reform aktiv werde.²⁷⁵ Der Initiative „Law – Made in Germany“, die sich für eine Stärkung des Rechtsstandorts Deutschlands einsetzt, sei die „starre AGB-Kontrolle“ ein Hindernis²⁷⁶ – die AGB-Kontrolle würde die Wirkungen der Initiative geradezu „ersticken“.²⁷⁷ Eine Reform des deutschen AGB-Rechts würde daher nach Ansicht der Reformbefürworter eine Stärkung des Rechtsstandortes Deutschland bedeuten.²⁷⁸ Gefordert wird eine Kehrtwende der Rechtsprechung im Hinblick auf die Beachtung des Liberalitätsbedürfnisses im B2B-Verkehr bei der AGB-Kontrolle.²⁷⁹

Im dazu entfachten wissenschaftlichen Diskurs sind stets die Reformforderlichkeit und das Risiko einer „Flucht aus dem deutschen Recht“ im Mittelpunkt der Diskussion.²⁸⁰ Insbesondere wird eine „Flucht“ in ausländische Rechtsordnungen wie das österreichische Recht, in erster Linie jedoch in das Schweizer Recht befürchtet beziehungsweise gerügt.²⁸¹

Alternativ wird als Umgehungsstrategie der deutschen AGB-Kontrolle auch eine „Flucht ins Schiedsverfahren“ vorgeschlagen, aufgrund einer möglicherweise „großzügigeren“ Beurteilung bei der AGB-Kontrolle im B2B-Verkehr.²⁸² Schiedsgerichte würden in aller Regel einen ausdrücklichen Aus-

²⁷³ Müller, TranspR 2018, 276, 283; Berger, NJW 2010, 465, 466; Abels, FAZ, Recht und Steuern, 7.8.2007.

²⁷⁴ Berger, NJW 2010, 465, 470.

²⁷⁵ Berger, NJW 2010, 465, 466.

²⁷⁶ Müller, TranspR 2018, 276, 280; Herber, TranspR 2018, 295, 297.

²⁷⁷ Herber, TranspR 2018, 295, 297.

²⁷⁸ Kessel/Stomps, BB 2009, 2666, 2675; Lenkaitis/Löwisch, ZIP 2009, 441, 444; Berger, NJW 2010, 465, 466; bereits Rabe, NJW 1987, 1978, 1979; ebenso Hinweis auf die Bedeutung einer AGB-Reform für den Rechtsstandort Deutschland in Leuschner, ZIP 2015, 1326, 1332.

²⁷⁹ Berger, ZIP 2006, 2149, 2149; Lenkaitis/Löwisch, ZIP 2009, 441, 445; hingegen ausdrücklich gegen eine solche „Kehrtwende“: Palandt/Grüneberg, 74. Aufl. 2015, § 307 BGB, Rn. 38 sowie auch aktuell Palandt/Grüneberg, 80. Aufl. 2021, § 307 BGB, Rn. 38 (Grüneberg ist z. Zpkt. beider Kommentierungen Richter am Bundesgerichtshof.).

²⁸⁰ U. a. Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658, 2662; Kessel/Stomps, BB 2009, 2666, 2666; Lenkaitis/Löwisch, ZIP 2009, 441, 447 ff.

²⁸¹ Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658, 2662; Lenkaitis/Löwisch, ZIP 2009, 441, 442; Berger, ZIP 2006, 2149, 2149; Lischek/Mahnken, ZIP 2007, 158, 163.

²⁸² Lenkaitis/Löwisch, ZIP 2009, 441, 448; Lischek/Mahnken, ZIP 2007, 158, 163; Herber, TranspR 2018, 295, 296.

schluss der Anwendung des AGB-Rechts anerkennen.²⁸³ Ob und inwieweit dies jedoch erfolgreich die gewünschten Ergebnisse bei der AGB-Kontrolle bringt, kann auch bei Schiedsverfahren nicht mit Sicherheit prognostiziert werden und hängt von der Beurteilung ab, ob Schiedsgerichte an zwingendes Recht gebunden sind.²⁸⁴ Es besteht jedoch zumindest das Risiko, dass ein Schiedsgericht den Ausschluss des AGB-Rechts nicht anerkennt oder dass ein Schiedsspruch im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren vor den staatlichen Gerichten aufgrund der unwirksamen Abbedingung der §§ 305 ff. BGB nicht anerkannt wird.²⁸⁵

e) Keine Rechtsprechungsänderung ersichtlich

Die Reformbefürworter begründen ihre Reformforderung weiter damit, dass keine Rechtsprechungsänderung ersichtlich sei.²⁸⁶ Die beiden Hauptkritikpunkte an der geltenden AGB-Kontrolle, der Maßstab der Inhaltskontrolle für Haftungsbeschränkungen, der sich aufgrund der Indizwirkung des § 309 Nr. 7 BGB erheblich verschärfe, und der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle, vor dem unternehmerische Verträge durch ein „Aushandeln“ nur schwer entkommen könnten, wurden durch die Rechtsprechung des BGH zunächst entwickelt und sodann weiter konkretisiert. Für eine Rechtsprechungsänderung durch den BGH in dieser Hinsicht wäre es jedoch notwendig, dass ein Rechtsstreit bezüglich eines unternehmerischen Vertrages dem BGH vorgelegt wird.²⁸⁷ Der BGH prägte jedoch derweil die B2B-AGB-Rechtsprechung durch gewerbliche Mietverträge, Baumarktverträge und ähnliche Alltagsgeschäfte.²⁸⁸ Zudem seien vorwiegend rein nationale Sachverhalte vor dem Bundesgerichtshof.²⁸⁹ Die Schutzwürdigkeiten und kaufmännischen Erfahrungen lägen jedoch in Alltagsfällen anders als in komplexen Wirtschaftsstreitigkeiten.²⁹⁰ Daher sei den Reformbefürwortern zufolge keine Rechtsprechungsänderung in naher Zukunft ersichtlich, sodass eine Reform *de lege lata* nicht erfolgen könne, sondern eine Gesetzesreform (*de lege ferenda*) gefordert wird.

f) Ziele der Reformbefürworter

Verschiedene Aspekte der AGB-Kontrolle werden kritisiert. Dabei wird das AGB-Recht teilweise pauschal als verantwortlicher Übeltäter für eine „Unat-

²⁸³ So bspw. Herber, TranspR 2018, 295, 296.

²⁸⁴ Hierzu ausführlich in Kapitel 2 – B zur kollisionsrechtlichen Reichweite der Rechtsflucht vor Schiedsgerichten.

²⁸⁵ So auch Herber, TranspR 2018, 295, 296.

²⁸⁶ Berger, NJW 2010, 465, 466.

²⁸⁷ Bedenken diesbezüglich äußert Berger, NJW 2010, 465, 465 f.

²⁸⁸ Berger, NJW 2010, 465, 466 m.w.N.

²⁸⁹ Berger, NJW 2010, 465, 466.

²⁹⁰ Berger, NJW 2010, 465, 466.

traktivität“ des deutschen Rechts gerügt.²⁹¹ Als Ziele der AGB-Reform werden von den Reformbefürwortern niedrigere Anforderungen an Haftungsfreizeichnungen im unternehmerischen Rechtsverkehr und mehr Rechtssicherheit darüber, wann die AGB-Kontrolle Anwendung finde, gefordert. Es solle verlässlicher möglich sein, summenmäßige Haftungsbegrenzungen in AGB in unternehmerischen Verträgen zu vereinbaren.²⁹² Insbesondere in internationalen Verträgen fordern Unternehmen für den B2B-Verkehr, Haftungsfreizeichnungen zu ermöglichen.²⁹³ Wenn schon keine generelle Reform der §§ 305–310 BGB erfolge, wird zumindest eine Liberalisierung der Inhaltskontrolle für grenzüberschreitende Verträge gefordert.²⁹⁴ Würde man den § 307 BGB in Verträgen, in denen ein deutscher und ein ausländischer Unternehmer beteiligt sind, für nicht anwendbar erklären, bestünde für grenzüberschreitende B2B-Verträge kein Grund mehr für eine Flucht in ausländische Rechtsordnungen.²⁹⁵ Alternativ zur Ausnahme internationaler Verträge aus dem Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle schlagen Reformbefürworter vor, dass zumindest für Unternehmer einer bestimmten Größe als Kunde des AGB-Verwenders die Möglichkeit bestehen solle, die AGB-Kontrolle insgesamt auszuschließen.²⁹⁶

Zudem solle ein „Aushandeln“ i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB für den B2B-Verkehr praxisgerechter ausgelegt werden.²⁹⁷ Von einem Aushandeln solle schon ausgegangen werden können, wenn überhaupt ein Verhandeln im Einzelnen stattgefunden habe.²⁹⁸ Nicht erforderlich solle sein, dass jede Klausel einzeln ausgehandelt werden müsse.²⁹⁹ Ein „Stellen“ von AGB i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB solle im unternehmerischen Geschäftsverkehr nur angenommen werden, wenn „[...] unangemessen und einseitig Gestaltungsmacht durch den Verwender ausgeübt [werde]“.³⁰⁰ Zudem solle bei bestimmten Formen einer Erörterung der Klauseln gegenüber der Gegenseite, wenn diese daraufhin die Angemessenheit der Regelung einsehe, ein Stellen nicht mehr angenommen werden können.³⁰¹ Auch in Fällen, in denen der Vertragspartner

²⁹¹ Darstellung dieses Argumentes s.o. Kapitel 1 – B.II.1.d).

²⁹² *Kessel/Stomps*, BB 2009, 2666, 2668 ff.; *Fuchs*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, Vor § 307 BGB Rn. 25b.

²⁹³ *Berger*, NJW 2010, 465, 466; Hinweis auf ein solches Verlangen der Reformbefürworter durch: *Rühl*, *TranspR* 2018, 265, 266.

²⁹⁴ *Berger*, NJW 2010, 465, 466.

²⁹⁵ Nennt hierbei explizit die Flucht ins Schweizer Recht, *Berger*, NJW 2010, 465, 466 f.

²⁹⁶ *Herber*, *TranspR* 2018, 295, 296.

²⁹⁷ *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 160 f.

²⁹⁸ *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 160.

²⁹⁹ *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 160.

³⁰⁰ *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 162.

³⁰¹ *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 162.

des Klauselverwenders hätte verhandeln können, dennoch aber passiv geblieben ist – etwa um Transaktionskosten zu sparen – solle ein „Stellen“ von AGB unter Umständen verneint werden können.³⁰²

Langfristiges Ziel einer AGB-Reform solle sein, dass das AGB-Recht besser auf die Anforderungen des unternehmerischen Rechtsverkehrs ausgerichtet sei, um das deutsche AGB-Recht insgesamt attraktiver für den unternehmerischen Rechtsverkehr in nationalen und internationalen Geschäftsbeziehungen zu gestalten.³⁰³

2. Argumente gegen eine AGB-Reform

Die Reformgegner widersprechen den Argumenten der Reformbefürworter und streuen Zweifel bezüglich der erhobenen Rügen. Die bestehenden Gesetze seien ausreichend, um die Probleme im Zusammenhang mit der deutschen AGB-Kontrolle sachgerecht zu erfassen. Die Rechtsprechung sei überzeugend und kreierte keine nicht hinnehmbaren Entscheidungen.³⁰⁴ Einer Reform bedürfe es nicht.³⁰⁵ Die derzeitige Inhaltskontrolle sei angemessen (Buchst. a) und die Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB entspreche der Leitbildfunktion des geschriebenen Rechts (Buchst. b). Die Anforderungen an ein „Aushandeln“ seien ebenfalls angemessen (Buchst. c). Zudem lassen die Reformgegner Zweifel gegenüber dem Argument des Risikos einer Rechtsflucht verlauten (Buchst. d). Eine Reform brächte weitreichende und unvorhersehbare Folgen in allen Rechtsbereichen (Buchst. e). Daher solle die geltende AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr beibehalten werden.

a) Angemessenheit und Rechtssicherheit derzeitiger Inhaltskontrolle für unternehmerische Verträge

Die Inhaltskontrolle des BGH von Haftungsbeschränkungsklauseln ist Reformgegnern zufolge seit Jahrzehnten gefestigte Judikatur, die durch Präjudizien gefestigt ist.³⁰⁶ Dem Argument der Reformbefürworter, dass aufgrund der BGH-Rechtsprechung Rechtsunsicherheit bei der Vertragsgestaltung auftrete,³⁰⁷ entgegnen die Reformgegner, dass das deutsche AGB-Recht sich

³⁰² *Lischek / Mahnken*, ZIP 2007, 158, 162.

³⁰³ Zu bedenken gibt hierbei jedoch, dass nicht klar ist, ob das Ziel der Verbesserung der „Attraktivität der Rechtsordnung“ durch eine AGB-Reform überhaupt erreichbar wäre. Der Zusammenhang und mögliche Kausalitäten zwischen der „Attraktivität“ der deutschen Rechtsordnung und der AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB werden speziell in Kapitel 3 hinterfragt.

³⁰⁴ *Graf von Westphalen*, BB 2013, 67, 67.

³⁰⁵ *Graf von Westphalen*, ZIP 2010, 1110, 1115; *Schäfer*, BB 2012, 1231, 1234; *Koch*, BB 2010, 1810, 1815.

³⁰⁶ *Graf von Westphalen*, BB 2013, 67, 68; *ders.*, IWRZ 2019, 193, 194.

³⁰⁷ Kapitel 1 – B.II.1.

durch Ausgewogenheit, Transparenz und Rechtssicherheit, sowie einer langjährigen und damit vorhersehbaren Rechtsprechung auszeichne, von der alle Marktteilnehmer profitieren und die nur schwer in vergleichbarer Weise im Ausland zu finden sei.³⁰⁸ Die Befürworter der Reform fänden keine belastbaren Fälle, die das Begehren einer AGB-Reform im Blick auf eine gerechtere Verteilung von Rechten und Pflichten eines vorformulierten Vertrages tragen würden. Ihre Beispiele würden keinen Reformgrund darstellen.³⁰⁹

Dem Argument der Reformbefürworter, dass die gesetzliche Risikoverteilung für den B2B-Bereich vielfach ungeeignet sei, widersprechen die Reformgegner ebenfalls. Die Reformgegner, unter ihnen die aus diversen deutschen Wirtschaftsverbänden bestehende „Initiative pro AGB-Recht“, halten diesen Argumenten vor allem mit dem Aspekt des Schutzes des wirtschaftlich unterlegenen Unternehmers auf dem Markt entgegen.³¹⁰ Das geltende AGB-Recht unterstütze die Verhinderung einseitiger, unangemessener Risikoverlagerungen zu Lasten wirtschaftlich unterlegener Vertragspartner³¹¹ und schütze hierdurch den Mittelstand.³¹² Andernfalls hätten unterlegene Unternehmer nur die Wahl entweder den Vertrag unter den vorgegebenen Bedingungen zu schließen oder auf einen Vertragsschluss zu verzichten.³¹³ Die grundsätzliche und verfassungsrechtlich gewährleistete Vertragsfreiheit werde dadurch nicht angetastet, da diese nach wie vor durch Individualverträge zur Verfügung stehe.³¹⁴

³⁰⁸ „Allgemeine Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen – Gemeinsame Erklärung 2013“, Initiative pro AGB-Recht, April 2013, S. 1; so auch *Graf von Westphalen*, BB 2013, 67, 68; *ders.*, IWRZ 2019, 193, 194; ebenfalls auf die Rechtssicherheit hinweisend, die mit der seit Jahrzehnten gefestigten deutschen Rechtsprechung zum AGB-Recht einhergeht: *Soergel / Fritzsche*, 13. Aufl. 2019, § 310 BGB, Rn. 26.

³⁰⁹ So ausführlich als Antwort auf die erste Stellungnahme der „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“: *Graf von Westphalen*, BB 2013, 67 ff. (Ergebnis hierzu S. 72); *ders.*, in: *Graf von Westphalen / Thüsing* (Hrsg.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, 2019, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rn. 74.

³¹⁰ *Graf von Westphalen*, ZIP 2010, 1110, 1115; „Allgemeine Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen – Gemeinsame Erklärung 2013“, Initiative pro AGB-Recht, April 2013, S. 2; *Schäfer*, BB 2012, 1231, 1232 f.; *Genzow*, IHR 2015, 133, 134; *Koch*, BB 2010, 1810, 1811.

³¹¹ „Allgemeine Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen – Gemeinsame Erklärung 2013“, Initiative pro AGB-Recht, April 2013, S. 1; *Genzow*, IHR 2015, 133, 134; „Mittelstand gegen Änderungen des AGB-Rechts“, Gemeinsame Pressemitteilung des Zentralverbandes des deutschen Handwerks, des Markenverbandes, des Bundesindustrieverbandes, u. v. W., anlässlich des deutschen Juristentages, 18.9.2012, S. 2.

³¹² *Graf von Westphalen*, ZIP 2010, 1110, 1115; *Schäfer*, BB 2012, 1231, 1232.

³¹³ „Allgemeine Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen – Gemeinsame Erklärung 2013“, Initiative pro AGB-Recht, April 2013.

³¹⁴ „Allgemeine Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen – Gemeinsame Erklärung 2013“, Initiative pro AGB-Recht, April 2013, S. 1; *Graf von Westphalen*, ZIP 2007, 149, 154, 158; „Mittelstand gegen Änderungen des AGB-Rechts“, Gemeinsame Pressemit-

Die „Initiative pro AGB-Recht“ fordert, dass der Schutz des geltenden AGB-Rechts mitsamt seiner bisherigen Ausprägungen und Konkretisierungen durch die deutsche Rechtsprechung beibehalten wird.³¹⁵ Nachdem sich die Initiative bereits im Jahr 2013 durch eine „gemeinsame Erklärung“ für das geltende AGB-Recht und gegen eine AGB-Reform für den unternehmerischen Rechtsverkehr positioniert hatte,³¹⁶ vertrat sie im Februar 2019 erneut mit Nachdruck ihren Standpunkt durch ein Thesenpapier. Darin heißt es:

„Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) fördert seit Jahrzehnten Gerechtigkeit und Rechtsfrieden im unternehmerischen Geschäftsverkehr. Es verhindert unfaire Vertragsbedingungen und schützt den wirtschaftlich unterlegenen Vertragspartner vor einseitigen, unangemessenen Benachteiligungen und Risikoübertragungen.“³¹⁷

Insbesondere die mittelständische Wirtschaft brauche verlässliche und bürokratiearme Rahmenbedingungen.³¹⁸ Durch die deutsche AGB-Kontrolle könnten Unternehmen ihre Transaktionskosten gering halten und Verträge ohne Sorge vor Haftungsfallen und anderen unvorhersehbaren Risiken durch einseitig gestellte Klauseln abgeschlossen werden, was einen großen Kosten- und Standortvorteil Deutschlands gegenüber anderen Rechtsordnungen darstelle.³¹⁹ Ein Absenken der Anforderungen an eine Individualvereinbarung würde vehemente Folgen für kleine und mittelständische Unternehmen haben, die ihren Vertragspartnern in Vertragsverhandlungen unterlegen sind.³²⁰ Ein Schutz gegen wirtschaftlich überlegene Marktteilnehmer sei beispielsweise notwendig, wenn diese für sich in Anspruch nähmen, Rechnungen erst nach drei Monaten zu bezahlen, Vertragsstrafen ohne Verschulden zu verlangen oder die Haftung für sich günstig zu gestalten.³²¹ Darüber hinaus lasse das

telung des Zentralverbandes des deutschen Handwerks, des Markenverbandes, des Bundesindustrieverbandes, u. v. W., anlässlich des deutschen Juristentages, 18.9.2012, S. 2.

³¹⁵ „Position: Standortvorteil AGB-Recht Fair, Rechtssicher, Innovationsfördernd“, Initiative pro AGB-Recht, Februar 2019.

³¹⁶ Siehe „Allgemeine Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen – Gemeinsame Erklärung 2013“, Initiative pro AGB-Recht, April 2013.

³¹⁷ „Position: Standortvorteil AGB-Recht Fair, Rechtssicher, Innovationsfördernd“, Initiative pro AGB-Recht, Februar 2019.

³¹⁸ „Position: Standortvorteil AGB-Recht Fair, Rechtssicher, Innovationsfördernd“, Initiative pro AGB-Recht, Februar 2019.

³¹⁹ „Position: Standortvorteil AGB-Recht Fair, Rechtssicher, Innovationsfördernd“, Initiative pro AGB-Recht, Februar 2019.

³²⁰ So *Rühl*, TranspR 2018, 265, 266; „Allgemeine Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen – Gemeinsame Erklärung 2013“, Initiative pro AGB-Recht, April 2013; und aktuell erneut „Position: Standortvorteil AGB-Recht Fair, Rechtssicher, Innovationsfördernd“, Initiative pro AGB-Recht, Februar 2019.

³²¹ „Mittelstand gegen Änderungen des AGB-Rechts“, Gemeinsame Pressemitteilung des Zentralverbandes des deutschen Handwerks, des Markenverbandes, des Bundesindustrieverbandes, u. v. W., anlässlich des deutschen Juristentages, 18.9.2012, S. 2.

deutsche AGB-Recht ausreichend Vertragsfreiheit für die Parteien, wenn diese ihren Vertragsinhalt individuell vereinbaren.³²²

Außerdem würden die Überlegungen der Reformbefürworter, als Alternative zur derzeit geltenden fall- und situationstypischen AGB-Kontrolle eine abstrakte-pauschalisierende Grenze für den Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle einzuführen (bspw. durch starre Grenzwerte oder Kriterienkataloge in der AGB-Kontrolle, wie es bereits in Reformvorschlägen erfolgt ist), zwar gegebenenfalls mehr generelle Vorhersehbarkeit kreieren, jedoch würde dies weniger Spielraum für richterliches Ermessen im Einzelfall erlauben.³²³ Durch die Regelungen der § 307, § 305 Abs. 1, § 310 Abs. 1 BGB sei es die derzeitige gesetzgeberische Entscheidung, eine fall- und situationstypische AGB-Inhaltskontrolle vorzunehmen.³²⁴ Dadurch weise der Gesetzgeber im Wesentlichen den Gerichten die Aufgabe zu, die generalklauselartige Fassung des § 307 BGB auf den jeweiligen Fall anzuwenden und auszudifferenzieren.³²⁵ Dies sei eine gesetzgeberische und rechtspolitische Entscheidung.

b) Indizwirkung entspricht Leitbildfunktion des geschriebenen Rechts gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Die „Indizwirkung“ der Rechtsprechung ist den Reformgegnern zufolge nichts anderes als die Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes der „Leitbildfunktion“ des geschriebenen Rechts, die auch im unternehmerischen Bereich über den Verbotstatbestand des § 307 BGB anwendbar ist.³²⁶ So habe es bereits der Gesetzgeber 1975 formuliert.³²⁷ Es sei anerkannt, dass die Vorschriften der §§ 308, 309 BGB häufig Ausprägungen der Generalklausel des § 307 BGB sind.³²⁸ Es solle kein Sonderkontrollrecht für Unternehmen geschaffen werden, das sich von den §§ 308, 309 BGB erheblich entferne.³²⁹ Es bestehe im Wesentlichen Einigkeit, dass die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB wichtige Anhaltspunkte darstellen, die den Richter ermutigen sollen, aufgrund einer Parallelwertung in der Kaufmannssphäre die Klausel auch als unwirksam nach § 307 BGB einzustufen.³³⁰

³²² „Allgemeine Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen – Gemeinsame Erklärung 2013“, Initiative pro AGB-Recht, April 2013; ebenso „Position: Standortvorteil AGB-Recht Fair, Rechtssicher, Innovationsfördernd“, Initiative pro AGB-Recht, Februar 2019.

³²³ Staudinger / Coester, 2013, § 307 BGB, Rn. 5.

³²⁴ Zur fall- und situationstypischen Inhaltskontrolle des § 307 BGB auch Staudinger / Coester, 2013, § 307 BGB, Rn. 5.

³²⁵ Staudinger / Coester, 2013, § 307 BGB, Rn. 5.

³²⁶ Graf von Westphalen, TranspR 2018, 268, 274; ders., BB 2013, 67, 72.

³²⁷ BT-Drs. 7/3919, S. 23 zu § 7 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, jetzt: § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

³²⁸ Staudinger / Schlosser, 2013, § 310 BGB, Rn. 12.

³²⁹ Staudinger / Schlosser, 2013, § 310 BGB, Rn. 12.

³³⁰ Staudinger / Schlosser, 2013, § 310 BGB, Rn. 12.

Bezüglich der von Reformbefürwortern als essenziell angesehenen Differenzierung zwischen dem B2B- und dem B2C-Verkehr verweisen die Reformgegner auf den Wortlaut der § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB, die ebenfalls lediglich auf die Gerechtigkeitsentscheidung des dispositiven Rechts abstellen und nicht auf die individuelle Schutzbedürftigkeit bestimmter Parteien im Einzelfall.³³¹ Eine Differenzierung scheine nach dem Willen des Gesetzgebers nicht geboten. Die Differenzierung beider Verkehrskreise im Rahmen des § 307 BGB würde außerdem zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen, insbesondere bei der Einführung unbestimmter, wirtschaftlicher Kriterien zur Differenzierung, die erst am Einzelfall aufwendig festgestellt und bewiesen werden müssten.³³² Es sei nicht die Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB, die die Sonderfreiheiten der Unternehmen verringere, sondern hauptsächlich die überzogene Anwendung des § 307 BGB in seinem originären Anwendungsbereich.³³³ Außerdem beuge gerade die durch Reformbefürworter stark gerügte Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB einer Haftungsfalle des letzten Unternehmers in der Leistungskette gegenüber Verbrauchern vor.³³⁴ Die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr schütze den Letztverteiler davor, nicht die gesamte Bürde des zwingenden Verbraucherrechts tragen zu müssen.³³⁵

c) Angemessene Anforderungen an das Aushandeln i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB

Die Reformgegner argumentieren, dass ebenso die Anforderungen an ein Aushandeln i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB auch nach Auslegung der BGH-Rechtsprechung angemessen für den unternehmerischen Rechtsverkehr seien. Dem Vorwurf einer „neuen Strenge“ der jüngsten BGH-Rechtsprechung bezüglich des Merkmals des Aushandelns i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB, dass laut der Reformbefürworter Rechtsunsicherheit kreiere, entgegenen die Reformgegner, dass die BGH-Rechtsprechung im Gegenteil in den letzten 30 Jahren gerade stabil bezüglich der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals gewesen sei und dem Willen des Gesetzgebers entsprechen würde.³³⁶ So betont diesbezüglich beispielsweise die „Initiative pro AGB-Recht“ in ihrem Positionspapier aus Februar 2019, dass das geltende AGB-Recht den schwächeren Vertragspartner, der nicht in der Lage ist, die Vertragsbedingungen

³³¹ *Graf von Westphalen*, ZIP 2007, 149, 156.

³³² *Graf von Westphalen*, ZIP 2007, 149, 157.

³³³ Staudinger / Schlosser, 2013, § 310 BGB, Rn. 12.

³³⁴ „Allgemeine Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen – Gemeinsame Erklärung 2013“, Initiative pro AGB-Recht, April 2013, S. 1.

³³⁵ *Graf von Westphalen*, TranspR 2018, 268, 272.

³³⁶ *Graf von Westphalen*, ZIP 2007, 149, 151 f. unter Verweis auf BT-Drs. 7/3919, S. 17.

des Vertragspartners abzulehnen oder zu verhandeln, schütze. Es heißt in dem Positionspapier ausdrücklich:

„Das AGB-Recht schützt und bewahrt zudem die Vertragsfreiheit. Sie setzt voraus, dass sich die Vertragspartner auf Augenhöhe begegnen. Wer aufgrund seiner Marktposition nicht in der Lage ist, die Vertragsbedingungen des Vertragspartners abzulehnen, verhandelt nicht und verhandelt vor allem nicht frei. Um auch in diesen Fällen die erforderliche Augenhöhe herzustellen, bedarf es des AGB-Rechts.“³³⁷

Folglich sieht die Initiative die Anforderungen des „Aushandelns“ nicht als eine Hürde des AGB-Rechts, sondern als einen Schutz für den Vertragspartner des AGB-Stellers. Darüber hinaus argumentieren die Reformgegner, dass es zweifelhaft sei, ob der durch die BGH-Rechtsprechung ausgelegte Begriff des „Aushandelns“ im Sinne eines „ernsthaften zur Disposition stellens des gesetzesfremden Kerngehaltes mit der realen Möglichkeit der Einflussnahme“³³⁸, der ein Vorgang der selbstverantwortlichen Gestaltungsfreiheit des AGB-Kunden darstelle, durch ein anderes Verb als „aushandeln“ wirklich abgebildet werden könne.³³⁹ Der Ausdruck des „Verhandelns“ treffe die Anforderungen der durch langjährige Judikatur entwickelten Begriffsmerkmale des „ernsthaften zur Disposition stellens des gesetzesfremden Kerngehaltes mit der realen Möglichkeit der Einflussnahme“ jedenfalls nicht.³⁴⁰ Mithin ist es Standpunkt der Reformgegner, dass die Anforderungen an ein „Aushandeln“ i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB auch für den unternehmerischen Rechtsverkehr angemessen sind und im Übrigen bislang auch kein besseres Differenzierungskriterium ersichtlich ist.

d) Zweifel an hohem Risiko der Rechtsflucht wegen des deutschen AGB-Rechts

Außerdem erheben die Reformgegner Zweifel an einem hohen Rechtsfluchtrisiko vor dem deutschen Recht wegen des AGB-Rechts. So statuiert beispielsweise die „Initiative pro AGB-Recht“ in ihrem Positionspapier aus Februar 2019, dass sie in ihren Branchen kein großes Risiko einer Rechts-

³³⁷ „Position: Standortvorteil AGB-Recht Fair, Rechtssicher, Innovationsfördernd“, Initiative pro AGB-Recht, Februar 2019.

³³⁸ Zu § 305 Abs. 1 S. 3 BGB: u.a. BGH, Urt. v. 5.6.2018 – XI ZR 790/16 Rn. 33 = NJW 2018, 2950, 2951 f.; BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12 (*bring or pay I*) = NJW 2013, 856, Rn. 10; BGH, Urt. v. 23.1.2003 – VII ZR 210/01 = NJW 2003, 1805, 1807. Rechtsprechung bereits zu § 1 Abs. 2 AGBG: u.a. BGH, Urt. v. 3.7.1985 – IVa ZR 246/83; BGH, Urt. v. 27.3.1991 – IV ZR 90/90 = NJW 1991, 1678, 1679; BGH, Urt. v. 16.7.1998 – VII ZR 9/97 = NJW 1998, 3488, 3489; BGH, Urt. v. 3.4.1998 – V ZR 6/97 = NJW 1998, 2600, 2601; BGH, Urt. v. 3.11.1999 – VIII ZR 269/98 = NJW 2000, 1110, 1111 f.

³³⁹ *Graf von Westphalen*, TranspR 2018, 268, 272.

³⁴⁰ *Graf von Westphalen*, TranspR 2018, 268, 272.

flucht aufgrund des AGB-Rechts sehe. Die von der Initiative pro AGB-Recht vertretenen Wirtschaftsteilnehmer treten auch bei internationalen Geschäftsabschlüssen entschieden dafür ein, deutsches Recht zur Vertragsgrundlage werden zu lassen.³⁴¹ Von einer Flucht in fremde Rechtsregime könne in keiner der durch die Initiative vertretenen Branchen die Rede sein.³⁴² Dies lässt bereits erkennen, dass die Sorge um ein Rechtsfluchtrisiko wegen des deutschen AGB-Rechts nicht durch alle deutschen Unternehmen unterfüttert wird und diesbezüglich zweierlei Positionen vertreten werden. Weiter weisen Reformgegner vereinzelt darauf hin, dass die Aussagen, wonach die Nachrangigkeit des deutschen Rechts auf dem AGB-Recht beruhe, schlicht nicht erwiesen und auch nicht erweisbar sind.³⁴³ Nichtsdestotrotz würden sie aber von den Verfassern (gemeint: „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“ mit Bezug auf deren ersten Stellungnahme) offenbar großzügig insinuiert.³⁴⁴ Eine Rechtsflucht aufgrund des AGB-Rechts könne nicht einfach ohne Nachweise angenommen werden.³⁴⁵

e) *Tiefgreifende, unvorhersehbare Folgen einer Reform*

Gegen eine Reform bringen die Reformgegner an, dass eine Reform des AGB-Rechts tiefgreifende und unvorhersehbare Folgen mit sich brächte.³⁴⁶ Änderungen im AGB-Recht griffen in alle Rechtsgebiete hinein, die über die Jahre der AGB-rechtlichen Judikatur des BGH etabliert wurden.³⁴⁷ Die Folgen betreffen insbesondere das Baurecht, das Bürgschaftsrecht, das Leasingrecht, das gewerbliche Mietrecht und weite Bereiche des Kaufrechts und des Bankrechts.³⁴⁸

3. *Erste Auffälligkeiten an Reformdiskussion*

Die Synopsis der Reformdiskussion erlaubt erste Beobachtungen.

³⁴¹ „Position: Standortvorteil AGB-Recht Fair, Rechtssicher, Innovationsfördernd“, Initiative pro AGB-Recht, Februar 2019.

³⁴² „Position: Standortvorteil AGB-Recht Fair, Rechtssicher, Innovationsfördernd“, Initiative pro AGB-Recht, Februar 2019.

³⁴³ Zweifel gegenüber einer Rechtsflucht aufgrund des AGB-Rechts äußert, ohne weiter im Detail darauf einzugehen: *Graf von Westphalen*, in: Graf von Westphalen/Thüsing (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2019, Freizeichnungs- und Haftungsbeschränzungsklauseln, Rn. 73.

³⁴⁴ *Graf von Westphalen*, BB 2013, 67, 72.

³⁴⁵ *Graf von Westphalen*, BB 2013, 67, 72.

³⁴⁶ *Graf von Westphalen*, TranspR 2018, 268, 272; *ders.*, BB 2013, 67, 67.

³⁴⁷ *Graf von Westphalen*, TranspR 2018, 268, 272.

³⁴⁸ *Graf von Westphalen*, TranspR 2018, 268, 272.

a) Hoher Anteil an Diskutanten aus der Praxis

Es besteht ein auffällig hoher Praxisbezug der Diskutanten in der Diskussion der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr. Viele Diskussions Teilnehmer stammen aus der Praxis und sind In-House-Counsel von in Deutschland ansässigen Unternehmen oder Anwälte einer in Deutschland ansässigen Sozietät.³⁴⁹ Dabei ist der Beruf des Rechtsanwaltes und In-House-Counsels geprägt von einer Interessenvertretung des jeweiligen Unternehmens. Daneben fällt zudem auf, dass dem Lager der Reformbefürworter – „für mehr Vertragsautonomie“ – besonders viele Vertreter größerer und marktstärkerer Unternehmen zuzuordnen sind.³⁵⁰ Zusätzlich beteiligen sich verschiedene Interessenverbände der Wirtschaft („Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“ und „Initiative pro AGB-Recht“) am Reformdiskurs. Dies zeigt die wirtschaftliche Prägnanz einer AGB-Reform und den Einfluss,

³⁴⁹ Neben der Vielzahl an veröffentlichten Aufsätzen durch Praxisteilnehmer (insb. Rechtsanwälte) bspw.: *Kappus*, NJW 2016, 33–36 (Rechtsanwalt in der Sozietät Poppe & Kappus, Rechtsanwälte, Frankfurt a. M., z. Zpkt. d. Beitrags); *Kaufhold*, BB 2012, 1235–1241 (Rechtsanwältin bei Noerr LLP, Dresden, z. Zpkt. d. Beitrags); *Kondring*, RIW 2012, H.11, I (Chefsyndikus der Voith GmbH, Heidenheim, z. Zpkt. d. Beitrags); *Kessel / Stomps*, BB 2009, 2666–2675 (beide Rechtsanwalt bei Bird & Bird LLP, Frankfurt a.M., z. Zpkt. d. Beitrags); *Lenkaitis / Löwisch*, ZIP 2009, 441–450 (beide Rechtsanwalt bei Aulinger Rechtsanwälte, Bochum, z. Zpkt. d. Beitrags); *Lischek / Mahnken*, ZIP 2007, 158–163 (beide Rechtsanwalt bei Siemens AG, Erlangen / Offenbach, z. Zpkt. d. Beitrags); *Müller*, NZM 2016, 185–192 (Rechtsanwalt bei Baker & McKenzie, Frankfurt a. M., z. Zpkt. d. Beitrags); *Müller / Griebeler / Pfeil*, BB 2009, 2658–2665 (alle drei Rechtsanwälte/-in bei Baker & McKenzie z. Zpkt. d. Beitrags); *Schäfer*, BB 2012, 1231–1234 (Rechtsanwalt, leitet beim Gesamtverband der deutschen Textil- und Modeindustrie e. V. den Bereich Recht und Steuern z. Zpkt. d. Beitrags); *Graf von Westphalen* ZIP 2007, 149; *ders.*, BB 2010, 195; *ders.*, ZIP 2010, 1110; *ders.*, BB 2013, 1375–1360 (Rechtsanwalt bei Friedrich Graf von Westphalen & Partner, Köln z. Zpkt. d. Beiträge), finden sich vergleichsweise wenige rein von Seiten der Wissenschaft verfasste Beiträge bspw.: *Berger*, ZIP 2006, 2149–2156; *ders.*, NJW 2010, 465–470 (Universitätsprofessor, Köln, z. Zpkt. d. Beiträge); *Dauner-Lieb / Axer*, ZIP 2010, 309–314 (Universitätsprofessorin und ehem. wissenschaftlicher Mitarbeiter, Köln; z. Zpkt. d. Beitrags); *Genzow*, IHR 2015, 133–137 (Professor, Köln, z. Zpkt. d. Beitrags); *Koch*, BB 2010, 1810–1815 (Habilitation Westfälische Wilhelms-Universität, Münster, z. Zpkt. d. Beitrags); *Leuschner*, ZIP 2015, 1045–1052; *ders.*, ZIP 2015, 1326–1332 (Universitätsprofessor, Osnabrück, z. Zpkt. beider Beiträge, Beiträge erfolgten als Konsequenz eines Forschungsauftrages des BMJV).

³⁵⁰ Bspw. *Lischek / Mahnken*, ZIP 2007, 158–163 (beide Rechtsanwalt bei Siemens AG, Erlangen / Offenbach, z. Zpkt. d. Beitrags); *Hobeck*, SchiedsVZ 2005, 108, 112 (General Counsel der Siemens AG z. Zpkt. d. Beitrags); *Kondring*, RIW 2012, H. 11, I (Chefsyndikus der Voith GmbH, Heidenheim, z. Zpkt. d. Beitrags). Ähnliche Gedanken bzgl. eines geteilten Meinungsstandes in der Wirtschaft in dem Großunternehmen und deren Interessenvertreter für eine Reform und mittelständisch geprägte Unternehmen und deren Interessenvertreter gegen eine Reform sind, äußert *Schäfer*, BB 2012, 1231, 1232 f.

den eine Reform im Kernbereich des unternehmerischen Vertragsrechts auf den Handelsverkehr deutscher Unternehmen hätte.

b) Teilweise verzerrtes Rechtsbewusstsein über AGB-Kontrolle

Gleichzeitig ist den empirischen Daten der *Leuschner-Studie* (2014) zu entnehmen, dass deutsche Unternehmen teilweise ein verzerrtes Rechtsbewusstsein über das deutsche AGB-Recht haben. Rund ein Drittel (32,0 %) der 1.220 befragten deutschen Unternehmen unterlagen bei der Umfrage einer Fehleinschätzung und gingen fälschlich davon aus, man könne die Qualifikation von Vertragsbedingungen als Individualvereinbarungen durch schriftliche Vereinbarung sicherstellen.³⁵¹ Die Antworten der verschiedenen Unternehmensgrößen waren bei dieser Frage überwiegend ausgewogen; in fast allen Unternehmensgrößen unterlagen rund ein Drittel der Befragten dem Irrtum. Einzig abweichend waren hierbei die Antworten der großen Großunternehmen, in denen deutlich weniger dieser Fehleinschätzung unterlagen.³⁵² Weitere Abhängigkeiten zwischen der Unternehmensgröße und der Wahrnehmung des geltenden AGB-Rechts lässt eine andere Frage der *Leuschner-Studie* (2014) vermuten: Zu der Aussage, dass das geltende Recht im unternehmerischen Geschäftsverkehr ausreichende Möglichkeiten biete, die Haftung vertraglich zu beschränken, nahmen die befragten Unternehmen umso zustimmender Stellung, je kleiner ihre Unternehmensgröße war.³⁵³ Unzufrieden („trifft überhaupt nicht zu“ und „trifft eher nicht zu“) mit den Möglichkeiten der Haftungsbeschränkungen im geltenden Recht waren 43,6 % der großen Großunternehmen, 31,5 % der einfachen Großunternehmen, 19,35 % der mittleren Unternehmen, 12,1 % der Kleinunternehmen und 15,8 % der Kleinstunternehmen.³⁵⁴ Eine Abhängigkeit der Unternehmensgröße zur Einschätzung, ob das geltende Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr ausreichend Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten bietet, zeigt sich somit anhand der Daten der *Leuschner-Studie* (2014).

³⁵¹ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 8 und S. 277, Frage 29.

³⁵² Während bei den anderen Unternehmensgruppen rund ein Drittel einer Fehleinschätzung unterlag, waren es nur 11,5 % der großen Großunternehmen, die diesem Irrtum unterlagen. Vgl. *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 277, Frage 29. Eigenteilt nach Unternehmensgröße unterlagen die Befragten wie folgt einer Fehleinschätzung: 11,5 % der großen Großunternehmen, 37,2 % der einfachen Großunternehmen, 34,2 % der mittleren Unternehmen, 32,5 % der Kleinunternehmen, 35,3 % der Kleinstunternehmen.

³⁵³ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 282, Frage 34.

³⁵⁴ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 9 und S. 282, Frage 34.

c) *Zusammenhang zwischen Unternehmensgröße und internationaler Ausrichtung des Unternehmens mit Reformforderung*

Die Synopse der Reformargumente wirft die Frage auf, ob ein Zusammenhang zwischen der Unternehmensgröße und einem internationalen Vertragskontext mit den Reformforderungen der Unternehmen besteht. Hierauf weisen einerseits die Hintergründe der Diskutanten hin, andererseits die empirischen Daten der *Leuschner-Studie* (2014).³⁵⁵ Unter den Reformbefürwortern befinden sich vor allem Rechtsberater und In-House-Counsel größerer Unternehmen.³⁵⁶ Vertreter kleinerer und mittelständischer Unternehmen, die sich typischerweise als Vertragspartner des AGB-Verwenders sehen, sprechen sich überwiegend gegen eine Änderung des AGB-Rechts aus.³⁵⁷ Gegen eine AGB-Reform äußern sich beispielsweise in einer gemeinsamen Pressemitteilung „Mittelstand gegen Änderungen des AGB-Rechts“ der Zentralverband des deutschen Handwerks, der Markenverband, der Bundesindustrieverband (u. v. W.) anlässlich des deutschen Juristentages 2012.³⁵⁸ Diese vertreten ihrer Pressemitteilung zufolge bundesweit über 1,5 Millionen Betriebe mit 10 Millionen Beschäftigten und einem Umsatz von rund 2.800 Milliarden Euro.³⁵⁹ Zudem befürwortet die „Initiative pro AGB-Recht“, den Schutz, den das AGB-Recht Unternehmen gegenüber marktmächtigeren Vertragspartnern gewährt, aufrecht zu erhalten.³⁶⁰ Demgegenüber fordert die „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“ eine Reform des geltenden AGB-Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehr.³⁶¹

Die Ergebnisse der *Leuschner-Studie* (2014) stützen den Schluss eines Zusammenhangs zwischen der Reformforderung der Unternehmen und deren

³⁵⁵ Gleichfalls vermerken Vertreter des BMJV, dass die Zweiteilung der Diskussionslager von Unternehmern und deren Rechtsberatern entscheidend von der Größe und Marktstellung der Unternehmen abhängt. Große und mittelständische Unternehmen würden sich häufig gegen das AGB-Recht sträuben, dessen Strenge bemängeln und eine Liberalisierung fordern. *Rühl*, *TranspR* 2018, 265, 266.

³⁵⁶ Siehe bereits Auflistung in Fn. 349350. Zudem als Rechtsberater bspw. *Abels*, *FAZ*, *Recht und Steuern*, 7.8.2007 (z. Zpkt. des Beitrags ist *Abels Partner* bei *Oppenhoff & Rädler / Linklaters LLP*).

³⁵⁷ Dasselbe beobachtet auch: *Rühl*, *TranspR* 2018, 265, 266.

³⁵⁸ „Mittelstand gegen Änderungen des AGB-Rechts“, Gemeinsame Pressemitteilung des Zentralverbandes des deutschen Handwerks, des Markenverbandes, des Bundesindustrieverbandes, u. v. W., anlässlich des deutschen Juristentages, 18.9.2012.

³⁵⁹ „Mittelstand gegen Änderungen des AGB-Rechts“, Gemeinsame Pressemitteilung des Zentralverbandes des deutschen Handwerks, des Markenverbandes, des Bundesindustrieverbandes, u. v. W., anlässlich des deutschen Juristentages, 18.9.2012, S. 1.

³⁶⁰ „Position: Standortvorteil AGB-Recht Fair, Rechtssicher, Innovationsfördernd“, Initiative pro AGB-Recht, Februar 2019.

³⁶¹ „Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, April 2015.

Unternehmensgröße sowie zwischen der Reformforderung und dem Anteil grenzüberschreitender Verträge der jeweiligen deutschen Unternehmen. Die Studie differenziert in der Darstellung der Antworten nach Unternehmensgrößen. Unter den 1.220 Umfrageteilnehmern befanden sich 18,4 % = 224 Kleinstunternehmen (bis 9 Mitarbeiter), 33,9 % = 413 Kleinunternehmen (10–49 Mitarbeiter), 30,6 % = 373 Mittlere Unternehmen (50–500 Mitarbeiter) und 17,2 % = 210 Großunternehmen (> 500 Mitarbeiter).³⁶² Die Großunternehmen wurden zusätzlich in zwei Kategorien eingeteilt, den einfachen und den großen Großunternehmen. Unter den 210 Großunternehmen gab es 95 einfache Großunternehmen (> 500 Mitarbeiter), die 7,8 % der gesamten Umfrageteilnehmer ausmachten und 115 große Großunternehmen (> 2.000 Mitarbeiter), die 9,4 % der gesamten Umfrageteilnehmer ausmachten.³⁶³

Zunächst zeigt die Frage an die Unternehmen danach, welchen Anteil am Gesamtumsatz der Auslandsumsatz hat, dass der Anteil proportional zur Größe des Unternehmens zunimmt. Je größer das Unternehmen, desto größer ist der von den Befragten angegebene Anteil des Auslandsumsatzes am Gesamtumsatz und andersherum.³⁶⁴ Eine weitere Frage, die im Zusammenhang mit dem Anteil der Unternehmenstätigkeiten mit Auslandskontext gestellt wurde, erkundigte sich bei den Umfrageteilnehmern nach ihrem Anteil von Leistungen, den sie von ausländischen Anbietern bezögen (Geschäftsvolumen).³⁶⁵ Hierbei lässt sich ebenfalls eine Proportionalität zwischen der Unternehmensgröße und dem Anteil an Auslandskontexten erkennen. Je größer das Unternehmen, desto höher sind die Anteile des Geschäftsvolumens, die durch Geschäftsbeziehungen mit Auslandsanbietern bestehen und umgekehrt.³⁶⁶ Eine solche Proportionalität unterstützen auch die Daten des Statistischen

³⁶² *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 216 (Tabelle 16).

³⁶³ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 220 (Tabelle 19).

³⁶⁴ Vgl. ausführliche Daten in *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Frage 9 (Umfrage an Unternehmen), S. 227 (Abbildung 32). Die Unternehmen gaben an, dass ihr Auslandsumsatz bspw. „ca. 0 %“ Anteil am Gesamtumsatz ausmache: Kleinstunternehmen 49,9 %, Kleine Unternehmen 47,0 %, Mittlere Unternehmen 37,5 %, Einfache Großunternehmen 20,9 %, Große Großunternehmen 9,2 %.

³⁶⁵ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Frage 15 (Umfrage an Unternehmen), S. 238 (Abbildung 40).

³⁶⁶ Vgl. ausführliche Daten in *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Frage 15 (Umfrage an Unternehmen), S. 238 (Abbildung 40). Die Unternehmen gaben als Anteil von Leistungen bspw. von „ca. 0 %“, die von ausländischen Anbietern bezogen werden folgendes an: Kleinstunternehmen 58,6 %, Kleine Unternehmen 55,5 %, Mittlere Unternehmen 39,9 %, Einfache Großunternehmen 22,9 %, Große Großunternehmen 15,0 %.

Bundesamtes in Verknüpfung mit den Einzeldaten der Intrahandelsstatistik³⁶⁷, die auf eine wesentlich stärkere Auslandsorientierung der großen Unternehmen gegenüber der der KMUs hindeuten.³⁶⁸

Darüber hinaus zeigen die Daten der empirischen Umfrage, dass die Vertragsvolumina generell (und nicht nur der Anteil des Auslandsumsatzes am Gesamtumsatz wie im vorigen Absatz beschrieben) mit der Unternehmensgröße überwiegend proportional sind. Je größer das Unternehmen, desto größer war der Anteil höherer Vertragsvolumina in Verträgen, die mit Kunden abgeschlossen wurden.³⁶⁹ Je kleiner das Unternehmen, desto (überwiegend) größer war der Anteil niedriger Vertragsvolumina.³⁷⁰

Zudem zeigt sich ein proportionaler Zusammenhang zwischen der Unternehmensgröße und der Zufriedenheit mit den im unternehmerischen Geschäftsverkehr bestehenden Möglichkeiten, die Haftung vertraglich zu beschränken. Die Unternehmen in der *Leuschner*-Studie (2014) antworteten, je größer sie waren, desto negativer auf die Frage, ob das geltende Recht im unternehmerischen Geschäftsverkehr ausreichende Möglichkeiten biete, die Haftung vertraglich zu beschränken.³⁷¹ Demgegenüber stieg die Zufriedenheit der Unternehmen mit den geltenden gesetzlichen Möglichkeiten für vertragliche Haftungsbeschränkungen, je kleiner das Unternehmen war.³⁷²

³⁶⁷ Mit der Intrahandelsstatistik wird der tatsächliche Warenverkehr zwischen Deutschland und den anderen EU-Mitgliedstaaten erhoben. Siehe Fachbericht des Statistischen Bundesamtes: „Export, Import, Globalisierung – Deutscher Außenhandel 2011“.

³⁶⁸ Während im Berichtsjahr 2011 KMUs 16 % Waren eingeführt hatten und 7 % Waren ausgeführt hatten, verzeichneten Großunternehmen 45 % Warenimporte aus einem anderen EU-Mitgliedstaat und 40 % Warenexporte in einen anderen EU-Mitgliedstaat. Die Daten entstammen dem Fachbericht des Statistischen Bundesamtes: „Export, Import, Globalisierung – Deutscher Außenhandel 2011“, S. 45; siehe hierzu auch *Söllner*, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, Januar 2014, 40, 47 f., Schaubild 7.

³⁶⁹ Vgl. ausführliche Daten in *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Frage 10 (Umfrage an Unternehmen), S. 228 (Abbildung 33). Die Unternehmen gaben bspw. folgende Anteile an Verträgen mit einem Vertragsvolumen von „> 2. Mio. EUR“ an: Kleinstunternehmen 0,3 %, Kleine Unternehmen 2,0 %, Mittlere Unternehmen 5,0 %, Einfache Großunternehmen 15,3 %, Große Großunternehmen 29,2 %.

³⁷⁰ Vgl. ausführliche Daten in *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Frage 10 (Umfrage an Unternehmen), S. 228 (Abbildung 33). Die Unternehmen gaben bspw. folgende Anteile an Verträgen mit einem Vertragsvolumen von „≤ 50.000 EUR“ an: Kleinstunternehmen 86,1 %, Kleine Unternehmen 69,2 %, Mittlere Unternehmen 55,8 %, Einfache Großunternehmen 30,4 %, Große Großunternehmen 35,9 %.

³⁷¹ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Frage 34 (Umfrage an Unternehmen), S. 282 (Abbildung 75).

³⁷² *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Frage 34 (Umfrage an Unternehmen), S. 282 (Abbildung 75).

Somit weisen die Hintergründe der Diskutanten der Reformdiskussion und die empirischen Daten der Leuschner-Studie (2014) auf das Vorliegen unterschiedlicher Bedürfnisse an das AGB-Recht hin, die in Abhängigkeit von der Unternehmensgröße und in Abhängigkeit von der internationalen Ausrichtung der Verträge des Unternehmens stehen.

III. Bereits erfolgte Reformvorschläge

Eine Fülle von Reformvorschlägen hat sich mittlerweile durch die vielseitigen Interessen, die Aktualität und die neuen Datengrundlagen der empirischen Untersuchungen zum Thema herausgebildet.³⁷³ Diese verdeutlichen die Brisanz und die Komplexität der Thematik und zeigen die Schwierigkeit auf, eine interessengerechte Lösung für das rechtspolitische Spannungsfeld zu finden. Die Vorschläge reichen von einem Ausschluss großvolumiger Verträge von der AGB-Kontrolle,³⁷⁴ über eine Ermöglichung summenmäßiger Haftungsbeschränkungen in AGB,³⁷⁵ über die Einführung eines Kriterienkataloges, wann AGB im unternehmerischen Verkehr ausgehandelt seien,³⁷⁶ bis dahin, geringere Anforderungen an ein Aushandeln im B2B-Verkehr in den § 305 BGB aufzunehmen.³⁷⁷ Weitere Autoren schlagen ergänzende Kriterien zur Feststellung des Fehlens oder des Vorliegens einer vertraglichen Selbstbestimmungsmöglichkeit vor.³⁷⁸

Die diversen Reformvorschläge werden hier überblicksartig vorgestellt, um den aktuellen Stand der Reformdiskussion zu erfassen. Dabei lassen sich die Reformvorschläge anhand deren Ansatzpunkte gruppieren. Innerhalb der einzelnen Ansatzpunkte werden im Detail verschiedene Ideen vorgeschlagen. Eine Art der Reformvorschläge setzt am Maßstab des Aushandelns der AGB im unternehmerischen Verkehr an und knüpft demnach an der Abgrenzung zwischen kontrollunterworfenen AGB und kontrollfreien Individualvereinbarungen an (Ziff. 1). Andere wollen den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle über den Gegenstandswert der Transaktion begrenzen (Ziff. 2). Weiter wird vorgeschlagen, das Differenzierungsgebot zwischen B2B- und B2C-Verkehr stärker im Gesetz hervorzuheben, sodass der Prüfungsmaßstab

³⁷³ U.a. *Graf von Westphalen*, ZIP 2015, 1316, 1326; *Leuschner*, ZIP 2015, 1045, 1045 ff.; Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, Gesetzgebungsvorschlag April 2015; Deutscher Anwaltverein, AnwBl 2012, 402–407; *Kaufhold*, BB 2012, 1235, 1241; *Kessel / Stomps*, BB 2009, 2666, 2673 f.; *Müller / Griebeler / Pfeil*, BB 2009, 2658, 2658 ff.; *Berger*, NJW 2010, 465, 467 ff.; *Lenkaitis / Löwisch*, ZIP 2009, 441, 445 f.

³⁷⁴ *Leuschner*, ZIP 2015, 1045, 1047.

³⁷⁵ *Leuschner*, ZIP 2015, 1045, 1045 f.

³⁷⁶ *Müller / Griebeler / Pfeil*, BB 2009, 2658, 2661 f.

³⁷⁷ *Graf von Westphalen*, ZIP 2015, 1316, 1326; auch *Kaufhold*, BB 2012, 1235, 1241 will an der Stellschraube des „Aushandelns“ in § 305 I 3 BGB drehen.

³⁷⁸ *Kessel / Stomps*, BB 2009, 2666, 2673.

des § 307 BGB für den B2B-Verkehr flexibler ist (Ziff. 3). Teilweise wird von einer Reform *de lege ferenda* abgeraten und eine Reform *de lege lata* bevorzugt gefordert (Ziff. 4). Dem Überblick über die Reformvorschläge folgt ein Aufzeigen erster Bedenken gegenüber den verschiedenen Ansatzpunkten (Ziff. 5).

1. Maßstab des „Aushandelns“ im unternehmerischen Verkehr herabsenken

Verschiedene Autoren schlagen vor, geringere Anforderungen an ein „Aushandeln“ i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr zu stellen und dadurch die Schwelle für das Annehmen einer Individualvereinbarung herabzusenken. Hierfür werden unterschiedliche Methoden empfohlen.

Einerseits wird vorgeschlagen, für ein „Aushandeln“ von Vertragsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmen gestellt werden, es ausreichen zu lassen, dass die Vertragsbedingungen verhandelt wurden.³⁷⁹ Auf diese Weise müsse im B2B-Verkehr nicht mehr die Hürde des „ernsthaften zur Disposition-Stellens des gesamten gesetzesfremden Kerngehaltes“ für kontrollfreie Klauseln überwunden werden.³⁸⁰ Ein „Verhandeln“ anstelle eines „Aushandelns“ sei der Praxis der unternehmerischen Vertragsverhandlungen näher als die derzeitigen Anforderungen durch die Rechtsprechung des BGH. Die Parteien verhandelten ihre Klauseln im Zusammenhang mit anderen Vertragsbestimmungen und schlossen durch „Paketlösungen“ oder das Einpreisen von Risiken wirtschaftlich ausgewogene Verträge ab.³⁸¹ Die geringere Hürde des „Verhandelns“ wird teilweise in Ergänzung mit dem Aufnehmen einer Gegen Ausnahme für Kleinstunternehmen vorgeschlagen. Ein „Verhandeln“ solle im unternehmerischen Verkehr nicht ausreichen für eine Kontrollfreiheit, wenn AGB gegenüber einem Kleinstunternehmen (entsprechend § 267a HGB) verwendet werden. Der Vertragspartner könne sich hingegen nicht auf seine Eigenschaft als Kleinstunternehmen berufen, wenn der Verwender dies nicht habe erkennen können. Es obliege dem Verwender, das Kleinstunternehmen zur Erklärung über seine Eigenschaft als Kleinstunternehmen aufzu-

³⁷⁹ Berger, NJW 2010, 465, 467 schlägt vor: „[Eine Vertragsbedingung gilt] [...] als ausgehandelt, wenn die Vertragsparteien über sie im Einzelnen oder im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen desselben Vertrags in einer dem Gegenstand des Vertrags und den Umständen des Vertragsschlusses angemessenen Weise verhandelt haben.“; Müller, TranspR 2018, 276, 282 schlägt vor: „[Eine Vertragsbedingung gilt] [...] als ausgehandelt, wenn die Vertragsparteien über sie im Einzelnen oder im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen desselben Vertrags in einer dem Gegenstand des Vertrags und den Umständen des Vertragsschlusses angemessenen Weise verhandelt haben; einer Abänderung des vorformulierten Vertragstexts bedarf es nicht.“

³⁸⁰ Berger, NJW 2010, 465, 467.

³⁸¹ Berger, NJW 2010, 465, 468 f.; Berger / Kleine, BB 2007, 2137, 2137.

fordern.³⁸² Durch diesen Vorschlag soll ein höherer Schutz für Kleinunternehmen ermöglicht werden. Ihnen gegenüber soll ein „Aushandeln“ erforderlich sein und ein „Verhandeln“ nicht ausreichen.

Als zweiten Ansatzpunkt innerhalb der Stellschraube des „Aushandelns“ wird das Einführen eines Kriterienkataloges vorgeschlagen, der bestimmt wann ein Aushandeln im unternehmerischen Geschäftsverkehr erreicht ist.³⁸³ Müller / Griebeler / Pfeil schlagen beispielsweise die Einführung von sechs Kriterien vor, bei denen beim Vorliegen eines Kriteriums ein „Aushandeln“ widerlegbar vermutet wird. Demnach solle in Verträgen zwischen Unternehmen ein „Aushandeln“ einer Vertragsbedingung widerlegbar vermutet werden, wenn 1. die Verhandlungen der Parteien über den Vertrag länger als zwei Monate andauert haben; 2. die andere Vertragspartei einen Vertragsentwurf, in dem die Vertragsbedingung enthalten war, wenigstens einmal schriftlich kommentiert hat; 3. das Geschäft einen Wert von wenigstens 1 Million Euro hat; 4. die andere Vertragspartei beim Abschluss des Vertrages anwaltlich beraten war; 5. die andere Vertragspartei mindestens eine Änderung an dem vorgeschlagenen Text der Vertragsbedingung durchgesetzt hat oder; 6. die Vertragsbedingung im Wesentlichen einer Vertragsbedingung entspricht, die der Verwender und die andere Vertragspartei zu einem früheren Zeitpunkt ausgehandelt haben.³⁸⁴ Eine Vermutungswiderlegung solle erfolgen, indem die Gegenseite nachweist, dass die andere Seite nicht bereit war, Einwände der anderen Vertragspartei ernsthaft in Erwägung zu ziehen.³⁸⁵

Als dritter Ansatzpunkt, der den Maßstab des „Aushandelns“ betrifft, wird die Einführung eines Kriteriums der „selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidung“ als Maßstab dafür, wann im B2B-Verkehr Klauseln ausgehandelt worden sind, vorgebracht.³⁸⁶ Zur Bestimmung, wann eine Beeinträchtigung der Selbstbestimmung des AGB-Adressaten vorliegt, wird einerseits vorgeschlagen, auf eine wirtschaftliche Abhängigkeit abzustellen, die insbesondere bei einer Monopolstellung des AGB-Stellers vorliege.³⁸⁷ Andererseits unterbreitet die „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“ Indizien, wann von einer „selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidung“ ausgegangen werden könne: 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

³⁸² Müller, *TranspR* 2018, 276, 282.

³⁸³ Müller / Griebeler / Pfeil, *BB* 2009, 2658, 2662.

³⁸⁴ Müller / Griebeler / Pfeil, *BB* 2009, 2658, 2662.

³⁸⁵ Müller / Griebeler / Pfeil, *BB* 2009, 2658, 2662.

³⁸⁶ So der Gesetzesvorschlag der „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“, Gesetzesvorschlag aus April 2015, S. 1 ff. (S. 4); ebenso an die Selbstbestimmung des AGB-Adressaten anknüpfend: Kessel / Stomps, *BB* 2009, 2666, 2673.

³⁸⁷ Kessel / Stomps, *BB* 2009, 2666, 2673.

Vertragsbedingungen, Beistand durch juristische Beratung, Unternehmensgröße.³⁸⁸ Werden die AGB gegenüber einem Kleinunternehmen entsprechend § 267a HGB verwendet, solle die Einschränkung der AGB-Kontrolle jedoch nicht gelten.³⁸⁹ Kleinunternehmen sollen demnach von der weiteren Definition des Aushandelns ausgenommen werden, sodass sie weiterhin dem Schutz der derzeit geltenden AGB-Rechtsprechung zum „Aushandeln“ unterfallen. Ebenso will *Huth* es Unternehmen erleichtern im Handelsverkehr aus der AGB-Kontrolle zu entweichen. In ihrem Reformvorschlag aus 2017 knüpft sie an eine Einflussnahmemöglichkeit des Vertragspartners auf das Klauselwerk an.³⁹⁰ Eine solche sei anzunehmen, wenn ein Unternehmer „im Kernbereich seiner unternehmerischen Tätigkeit handelt“.³⁹¹ Ob etwas in den Kernbereich eines Unternehmens falle, solle objektiv anhand des Satzungszwecks des Unternehmens oder soweit es keine öffentlich zugängliche Satzung oder Registereintragung gebe, anhand des Außenauftritts des Unternehmens festgestellt werden.³⁹² Somit bestehen verschiedene Vorschläge allein dafür, wie eine „Selbstbestimmtheit“ des Vertragspartners des Klauselverwenders angenommen werden könnte. Weitere Vorschläge liegen hinsichtlich der Ausgestaltung der Anforderungen an ein „Aushandeln“ im B2B-Verkehr vor und wie diese Anforderungen herabgesenkt werden könnten.

2. Begrenzung des Anwendungsbereiches der AGB-Kontrolle über den Gegenstandswert der Transaktion

Verschiedene Vertreter wollen den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle anhand des Gegenstandswertes der Transaktion begrenzen. Eine solche Begrenzung einzuführen, schlagen *Leuschner/Meyer* im Abschlussbericht zu ihrer Studie 2014 vor.³⁹³ Demnach sollen Verträge des unternehmerischen Rechtsverkehrs ab einer bestimmten Höhe des Vertragsvolumens nicht in den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle fallen. Eine Rückausnahme hierzu

³⁸⁸ Gesetzesvorschlag der „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“, Gesetzesvorschlag aus April 2015, S. 5.

³⁸⁹ Gesetzesvorschlag der „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“, Gesetzesvorschlag aus April 2015, S. 4.

³⁹⁰ *Huth*, Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung geltender Gewohnheiten und Gebräuche (2017), S. 344.

³⁹¹ *Huth*, Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung geltender Gewohnheiten und Gebräuche (2017), S. 344.

³⁹² *Huth*, Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung geltender Gewohnheiten und Gebräuche (2017), S. 344.

³⁹³ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 10 und S. 290.

solle gegebenenfalls bestehen, wenn ein „erhebliches wirtschaftliches Ungleichgewicht“ vorliege.³⁹⁴ In einem weiteren Beitrag im Zusammenhang mit seinem Gutachten im Auftrag des BMJV beziffert *Leuschner* die vorgeschlagene objektive Wertgrenze des Vertragsvolumens auf 1 Million Euro.³⁹⁵ Bei großvolumigen Verträgen im Millionen- oder gar Milliardenbereich, könne davon ausgegangen werden, dass der Analyse- und Verhandlungsaufwand praktisch nie in einem Missverhältnis zu dem subjektiven Wert stehe, den der Vertragsschluss für den Einzelnen habe.³⁹⁶ Mit steigendem Vertragsvolumen seien die Parteien auch bereit, einen höheren Aufwand in die Gestaltung und Verhandlung der Verträge zu investieren.³⁹⁷ Die Ausnahme großvolumiger Verträge wird von *Leuschner/Meyer* außerdem mit einer Korrelation zwischen der Kritik an der geltenden Rechtslage und dem Volumen der Verträge, mit deren Abschluss die Befragten betraut sind, begründet.³⁹⁸ Die Korrelationsanalyse zeige, dass die Kritik an der geltenden Rechtslage steige, je höher die Volumen der Verträge der befragten Unternehmen seien.³⁹⁹

Gleichmaßen gelangten *Leyens/Schäfer* bereits 2010 zu dem Schluss, dass eine feste Obergrenze für die Anwendung der AGB-Kontrolle aus Gründen der Rechtssicherheit am sinnvollsten sei. Sie wollen bei der von der *Law Commission* Englands und Wales und der Schottischen *Law Commission* vorgeschlagenen Grenze von umgerechnet rund 550.000 Euro ansetzen (jedoch wohl über den Betrag hinausgehen).⁴⁰⁰ Obgleich die Annahme, dass bei Vertragswerten oberhalb einer bestimmten Grenze, verhältnismäßig niedrige Informationskosten entstünden und umgekehrt, nicht immer zutreffe, sei eine feste Obergrenze zweckmäßig.⁴⁰¹ Alternativ könnte als Differenzierungskriterium für den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle das Verhältnis zwi-

³⁹⁴ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 10 und S. 290 f.

³⁹⁵ *Leuschner*, ZIP 2015, 1045, 1047: „(1a) Wenn das Volumen des Vertrags mindestens eine Million Euro beträgt, finden auch die § 305c, § 307, § 308 Abs. 1a, b und § 309a auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden, keine Anwendung, es sei denn, dass der andere Vertragspartner aufgrund relativer Marktmacht des Verwenders von diesem abhängig ist. Steht das Vertragsvolumen bei Vertragsschluss nicht fest, kommt es auf die Erwartung der anderen Vertragspartei an.“

³⁹⁶ *Leuschner*, ZIP 2015, 1045, 1049.

³⁹⁷ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 166 f.

³⁹⁸ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 9 und S. 173 ff.

³⁹⁹ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 9 und S. 173 ff.

⁴⁰⁰ *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 795.

⁴⁰¹ *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 794.

schen Vertragsrisiken und den Informationskosten heranzuziehen sein.⁴⁰² Je höher das mit dem Vertrag verbundene Risiko sei, desto mehr Anreiz bestehe für die Vertragsparteien die Risikoordnung zu prüfen und das Ergebnis in ihre Vertragsabschlussentscheidung einzubeziehen.⁴⁰³ Aus Gründen der Rechtssicherheit sei jedoch eine feste Obergrenze anhand des Vertragswertes einer dynamischen Grenze anhand der „Vertragswert-Informationskosten-Relation“ vorzuziehen.⁴⁰⁴

3. Flexiblerer Prüfungsmaßstab des § 307 BGB für unternehmerische Verträge

Diverse Reformvorschläge setzen an einer Flexibilisierung des Prüfungsmaßstabes des § 307 BGB für unternehmerische Verträge an. Sie wollen das Differenzierungsgebot zwischen dem B2B- und dem B2C-Verkehr des § 310 Abs. 1 S. 2, 2. HS. BGB stärker hervorheben.

Es wird eine Abänderung des § 310 Abs. 1 S. 2, 2. HS. BGB vorgeschlagen. Statt auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche zu verweisen, solle auf die Bedürfnisse des unternehmerischen Verkehrs hingewiesen werden. Der abgeänderte Halbsatz solle lauten: „auf die Bedürfnisse des unternehmerischen Verkehrs ist angemessen Rücksicht zu nehmen“.⁴⁰⁵ Alternativ solle § 310 Abs. 1 S. 2 BGB Bezug auf die „gute unternehmerische Praxis“ nehmen, indem er wie folgt neu gefasst werde:

„§ 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; [...]“⁴⁰⁶

Beide Ansätze versuchen, mehr Beachtung für die Bedürfnisse des unternehmerischen Verkehrs im Gesetz zu kodifizieren. Des Weiteren wird eine Abänderung des § 310 Abs. 1 S. 2 BGB dahingehend vorgeschlagen, dass lediglich solche Vertragsbestimmungen im B2B-Verkehr unangemessen sein sollen, die „entgegen den Geboten von Treu und Glauben von guter unternehmerischer Praxis grob abweichen“.⁴⁰⁷ Ferner wird die Aufnahme eines dritten Satzes in

⁴⁰² Leyens / Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 794.

⁴⁰³ Leyens / Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 790.

⁴⁰⁴ Leyens / Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 795.

⁴⁰⁵ Müller / Griebeler / Pfeil, BB 2009, 2658, 2658; Verweis darauf in Müller, TranspR 2018, 276, 281.

⁴⁰⁶ Müller, TranspR 2018, 276, 282.

⁴⁰⁷ „Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, April 2015, S. 6. Wortlaut des Vorschlags: „§ 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 findet in den Fällen des Satzes 1 mit der Maßgabe Anwendung, dass lediglich solche Vertragsbestimmungen

§ 310 Abs. 1 BGB vorgebracht, der speziell auf die unterschiedlichen Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs im Vergleich zum Geschäftsverkehr mit Verbrauchern hinweisen soll, um das Differenzierungsgebot stärker im Gesetz zu verankern.⁴⁰⁸ Hierbei solle eine Anordnung zur „Beachtung“ der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche im Wortlaut des Gesetzes festgeschrieben werden. Dies würde im Gegensatz zum derzeitigen Auffordern zur „Rücksichtnahme“ die Bedeutung der unternehmerischen Umstände bei der Abwägung in der Inhaltskontrolle im B2B-Verkehr stärker hervorheben.⁴⁰⁹ Im Zusammenhang mit letzterem Vorschlag wird die Überlegung geäußert, dass Rücksicht auf die Unternehmensgrößen der Vertragsparteien genommen werden könnte. Als Anhaltsgröße könnten die Umschreibungen der Größenklassen des § 267 HGB in Umsetzung der Art. 11 (Bilanzsumme: 1.000.000 ERE; Nettoumsatzerlöse: 2.000.000 ERE; durchschnittliche Anzahl der während des Geschäftsjahrs Beschäftigten: 50) und Art. 27 (Bilanzsumme: 4 Millionen ERE; Nettoumsatzerlöse: 8 Millionen ERE; durchschnittliche Anzahl der während des Geschäftsjahrs Beschäftigten: 250) EG-Bilanzrichtlinie⁴¹⁰ für Kapitalgesellschaften herangezogen werden.⁴¹¹ Diese Richtlinie ist heute ersetzt durch Richtlinie 2013/34/EU⁴¹², die ebenfalls in Art. 3 die Kategorien von Unternehmen und Gruppen anhand der drei Größenmerkmale Bilanzsumme, Nettoumsatzerlös und durchschnittlicher Zahl der während des Geschäftsjahrs Beschäftigten bestimmt.

Weiterer Vorschlag, der an der Flexibilisierung des Prüfungsmaßstabes des § 307 BGB ansetzt, um dadurch eine größere Differenzierung zwischen B2B- und B2C-Verkehr herzustellen, ist, dass die speziellen Klauselverbote für den B2C-Verkehr in einen separaten, auf B2C-Verträge beschränkten, nachgelagerten Abschnitt verschoben werden sollten.⁴¹³ In einer ergänzenden Regelung

unangemessen sind, die entgegen den Geboten von Treu und Glauben von guter unternehmerischer Praxis grob abweichen.“

⁴⁰⁸ *Berger*, NJW 2010, 465, 469. Wortlaut des Vorschlags: „Im Handelsverkehr geltende Gewohnheiten und Gebräuche sowie Gegebenheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs, insbesondere die im Vergleich zu Verbrauchern geringere Schutzbedürftigkeit bestimmter Unternehmer, sind zu beachten.“

⁴⁰⁹ So begründet *Berger*, NJW 2010, 465, 469 seinen Vorschlag.

⁴¹⁰ Vierte Richtlinie des Rates vom 25. Juli 1978 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den Jahresabschluß von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (78/660/EWG).

⁴¹¹ *Berger*, NJW 2010, 465, 470.

⁴¹² Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates.

⁴¹³ *Rühl*, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 52 f.

oder in den Gesetzesmaterialien solle sodann deutlich gemacht werden, dass die speziellen Klauselverbote entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BGH keine Indizwirkung für den unternehmerischen Rechtsverkehr entfalten und allenfalls in eng begrenzten Fällen im B2B-Verkehr zur Anwendung gelangen dürften.⁴¹⁴ Eine Indizwirkung sei nur dann zu erlauben, wenn sich der unternehmerische Vertragspartner in einer verbraucherähnlichen Position befinde und keinen Anreiz hätte, die AGB zu lesen, da beispielsweise der Vertrag nicht in den Kernbereich seiner unternehmerischen Tätigkeit falle.⁴¹⁵

Als weitere Variation zur Flexibilisierung des Prüfungsmaßstabes der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr wird vorgeschlagen, bestimmte Haftungsbeschränkungsklauseln im B2B-Verkehr zu erlauben. Die Einführung eines Gegenkataloges von im Handelsverkehr im Zweifel als zulässig angesehenen AGB-Klauseln wird angedacht.⁴¹⁶ *Leuschner / Meyer* empfehlen die Einführung einer Regelung, die summenmäßige Haftungsbeschränkungen im unternehmerischen Rechtsverkehr zulässt, sofern sie dem Verwender nicht jeglichen Anreiz zum sorgfältigen Handeln nehmen und der Klauselgegner explizit auf die Haftungshöchstsumme hingewiesen worden ist.⁴¹⁷ Beim Vorliegen eines erheblichen wirtschaftlichen Ungleichgewichts solle die AGB-Kontrolle (entsprechend) Anwendung auch oberhalb der Wertgrenze finden.⁴¹⁸ Die Zulassung einer Haftungsbegrenzung für leichte und grobe Fahrlässigkeit auf eine konkret genannte oder berechenbare Summe (bspw. den Prozentsatz des Auftragswertes) befürworten ebenfalls *Kessel / Stomps*, soweit „Waffengleichheit“ zwischen den Unternehmen bestehe.⁴¹⁹

4. Veränderungen im AGB-Recht *de lege lata* statt *de lege ferenda*

Einige Diskutanten der AGB-Reformdiskussion erachten eine Rechtsprechungsänderung (*de lege lata*) durch ein klarstellendes Urteil des BGH als vorzugswürdig gegenüber einer Gesetzesänderung (*de lege ferenda*).⁴²⁰ Die Gerichte sollten sogenannte „Paketlösungen“ beim Aushandeln zulassen, sodass die Anforderungen an eine kontrollfreie Individualvereinbarung abge-

⁴¹⁴ *Rühl*, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 53.

⁴¹⁵ *Rühl*, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 53.

⁴¹⁶ *Herber*, TranspR 2018, 295, 296.

⁴¹⁷ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 10 und S. 289 f.

⁴¹⁸ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 10 und S. 291.

⁴¹⁹ *Kessel / Stomps*, BB 2009, 2666, 2674.

⁴²⁰ So bspw. *MüKo / Basedow*, 8. Aufl. 2019, § 310 BGB, Rn. 29; *Kessel / Stomps*, BB 2009, 2666 f.; *Kaufhold*, ZIP 2010, 631, 635 (Anmerkung zum Urteil BGH, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09).

senkt würden.⁴²¹ Dadurch sollen sämtliche Vertragsbedingungen, die „im Paket“ verhandelt wurden, als Individualvereinbarungen zu qualifizieren sein, selbst wenn nicht jede einzelne individuell „ausgehandelt“ worden sei.⁴²² Dies würde Rechtssicherheit im B2B-Verkehr schaffen und dennoch den bestehenden Schutz der Inhaltskontrolle für Klauselwerke im deutschen Recht aufrechterhalten. Das lediglich geäußerte Unbehagen, ohne tatsächlich greifbaren Problemvorwurf, dass AGB zu Unrecht verworfen worden seien, reiche nicht zum Einschalten des Gesetzgebers.⁴²³ Anstelle einer Reform des deutschen AGB-Rechts bedürfe es lediglich der ausreichenden Dokumentation bei Großprojekten für den Nachweis, dass AGB im Einzelnen ausgehandelt worden seien, sodass sie durch die Gerichte als Individualvereinbarungen angesehen würden.⁴²⁴

5. Bedenken bezüglich verschiedener Reformansätze

Die bisher vorgeschlagenen AGB-Reformvorschläge rufen verschiedene Bedenken hervor.

Problematisch an den Vorschlägen, die am Maßstab des Aushandelns ansetzen, ist die Nachweisbarkeit und Praktikabilität der Vorschläge. Würde ein „Verhandeln“ anstelle eines „Aushandelns“ im B2B-Verkehr für kontrollfreie Vertragsklauseln ausreichen, bestünde die Gefahr den Schutzzweck der AGB-Kontrolle zu unterlaufen. Die Einführung eines Kriterienkataloges für ein „Aushandeln“ scheint zu losgelöst vom Einzelfall und zudem missbrauchsanfällig. Die Kriterien einer anwaltlichen Beratung sowie der 1 Million-Euro-Grenze erscheinen als willkürliche Argumente, die nicht den Kern des Problems treffen.⁴²⁵ Die Idee, auf eine „selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung“ abzustellen, könnte durch den unbestimmten Rechtsbegriff mehr Rechtsunsicherheit und weniger Klarheit schaffen und somit ihr Ziel verfehlen. Die Umsetzung einer Lösung, die die Einflussnahmemöglichkeit daran unterscheiden will, ob der Vertragsinhalt zum Kernbereich der unternehmerischen Tätigkeit gehört, wirkt nicht praktikabel. Unternehmen hätten stets in die Satzungen oder Registereintragungen ihrer Handelspartner zu schauen. Lässt sich der „Kernbereich“ des Handelns des Vertragspartners hieraus nicht eindeutig festmachen, bestünde weitreichende Rechtsunsicherheit. Es wäre nur ein weiteres auslegungsbedürftiges Merkmal geschaffen, womit weniger Vorhersehbarkeit in der Entscheidung eines Gerichts gegeben ist. Darüber hinaus ist der Zweck der AGB-Kontrolle nicht, vor Erfahrung der Unternehmen in einem bestimmten Berufsfeld zu schützen, sondern vor dem ein-

⁴²¹ MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, § 310 BGB, Rn. 30.

⁴²² MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, § 310 BGB, Rn. 30.

⁴²³ Graf von Westphalen, BB 2010, 195, 202.

⁴²⁴ Graf von Westphalen, BB 2010, 195, 202.

⁴²⁵ So auch Graf von Westphalen, BB 2010, 195 f.

seitigen Ausnutzen der Verhandlungsmacht zu schützen. Dieser Aspekt wäre keineswegs bei einer Differenzierung nach dem „Kernbereich der unternehmerischen Tätigkeit“ berücksichtigt. Diese Lösung erscheint daher, wenn auch gut intendiert, als nicht treffend.

Gleichfalls bestehen Bedenken gegenüber den Vorschlägen, die den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle über den Gegenstandswert der Transaktion begrenzen wollen. Die Anwendung der §§ 305 ff. BGB allein vom Vertragswert abhängig zu machen, könnte zu arbiträren und unbefriedigenden „alles-oder-nichts“-Lösungen führen.⁴²⁶ Wenngleich es zutrifft, dass der Anreiz zu einem individuellen Aushandeln einzelner Klauseln umso größer wird, je höher der Geschäftswert ist, birgt eine in Euro bezifferte Kontrollgrenze das Risiko des Missbrauchs. Das Unternehmen, das seine Haftung im Widerspruch zur AGB-Kontrolle gegenüber seinem Vertragspartner beschränken will, könnte Verträge einzig zu dem Zwecke verbinden, die Vertragsvolumengrenze der Kontrollfreiheit zu erreichen. Zudem erscheint es wenig sachgerecht, den Geschäftswert der konkreten Transaktion isoliert zu betrachten und dabei zu ignorieren, wie intensiv sich der Vertragspartner des AGB-Verwenders mit den Klauseln auseinandergesetzt hat.⁴²⁷ Ob sich der Kosten-Nutzen-Wert eines ausgiebigen Auseinandersetzens mit den AGB lohnt, hängt zwar auch vom Geschäftswert ab, aber zusätzlich insbesondere auch davon, ob das Geschäft ein einmaliges oder ein regelmäßiges Geschäft aus dem Kernbereich der Tätigkeit des Unternehmens ist.⁴²⁸ Zudem könnte eine objektive Wertgrenze zu starr sein und dadurch zu ungerechtfertigten Ergebnissen führen.⁴²⁹ Aus ökonomischer Sicht spricht gegen feste Obergrenzen, dass diese den Unterschieden in den verschiedenen Marktsegmenten nicht Rechnung tragen können und sie theoretisch fortlaufend angepasst werden müssten.⁴³⁰ Für feste Obergrenzen spricht aus ökonomischer Sicht hingegen, dass diese für mehr Rechtssicherheit sorgen.⁴³¹ Feste Wertgrenzen sind jedoch auf Verträge in der Praxis schwierig anwendbar. Die Bestimmung des Vertragswertes ist bei Rahmenverträgen oder Langzeitverträgen problematisch. Bei Dauerschuldverhältnissen wäre der Schutzzweck der AGB ausgehebelt, da durch die langen Vertragsverhältnisse das Vertragsvolumen erreicht werden könnte.⁴³² Es verbleiben Unsicherheiten bezüglich der Frage, was in den Vertragswert hineingerechnet wird. Ob demnach neben dem Kaufpreis auch verbundene Wartungs- und Betreuungskosten oder andere

⁴²⁶ Vgl. so auch MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, § 310 BGB, Rn. 31.

⁴²⁷ MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, § 310 BGB, Rn. 31.

⁴²⁸ Siehe so auch MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, § 310 BGB, Rn. 31.

⁴²⁹ Vgl. so auch Genzow, IHR 2015, 133, 134.

⁴³⁰ Leyens / Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 794.

⁴³¹ Leyens / Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 795.

⁴³² Genzow, IHR 2015, 133, 135.

Dienstleistungen, die mit im Kaufpreis abgegolten sind, hineinzählen, ist fraglich.⁴³³ Wenn Verträge ab einer festgelegten Wertgrenze aus der AGB-Kontrolle herausgenommen werden, könnte zudem der Anreiz für die Parteien, beziehungsweise die durch die AGB begünstigte Partei, erlöschen, sorgfältig zu handeln.⁴³⁴ Ein weiteres Risiko einer festen Wertgrenze könnte sein, dass die Rechtsprechung wieder auf die Kontrolle des § 242 BGB, unabhängig vom Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB zurückgreifen könnte, so dass erneut umfassende Rechtsprechung zu § 242 BGB entstehen und dieselbe Situation wie vor Erlass des AGBG entstehen könnte.⁴³⁵ Das Einführen eines Grenzwertes anhand des Vertragswertes könnte außerdem zu leicht umgehbar sein und mithin für mehr Rechtsunsicherheit sorgen.

Dem Ansatz, einen flexibleren Prüfungsmaßstab des § 307 BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr zu erschaffen, um dem Differenzierungsgebot mehr Beachtung zu verschaffen, ist entgegen zu halten, dass dies bereits im Gesetz in § 310 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB kodifiziert ist. Gleichfalls verweist die Rechtsprechung auf die Beachtung der „Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs“ beim Heranziehen der Indizwirkung der Klauselverbote nach § 309 BGB.⁴³⁶ Kritisch an der Idee eines Kriterienkataloges von im B2B-Verkehr zulässigen Klauseln ist, dass beispielsweise eine Haftungsbegrenzungsklausel in ihrer Angemessenheit sehr einzelfallabhängig ist und je nach Teilrechtsgebiet anders bestimmt werden muss.⁴³⁷ Hinsichtlich einer pauschalen Zulassung summenmäßiger Haftungsbeschränkungen in Form von Haftungshöchstsummen ohne weitere Einschränkungen (die das Gesetz und die Rechtsprechung bislang vorsehen) ist bedenklich, dass eine Haftung grundsätzlich auch ein sorgfältiges Handeln des Vertragspartners bezwecken soll und dieser Anreiz zu ordentlichem Handeln durch eine pauschal gültige summenmäßige Haftungsbeschränkung für den Vertragspartner erheblich gesenkt wird beziehungsweise erlischt.⁴³⁸

Bezüglich des Ansatzes, eine Reform *de lege lata* anstatt *de lege ferenda* zu bevorzugen, bestehen Bedenken, ob eine Rechtsprechungsänderung in nächster Zeit ersichtlich ist. Voraussetzung für eine solche Änderung ist, dass ein unternehmerischer Vertrag, dem ein AGB-Klauselwerk zugrunde liegt, zum BGH gelangt. Wenn solche Fälle jedoch vor ausländischen Gerichten oder vor Schiedsgerichten ausgetragen werden, könnte die Möglichkeit für

⁴³³ Genzow, IHR 2015, 133, 135.

⁴³⁴ Rühl, TranspR 2018, 265, 268.

⁴³⁵ Genzow, IHR 2015, 133, 134.

⁴³⁶ Vgl. Staudinger / Schlosser, 2013, § 310 BGB, Rn. 12; BGH, Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86 = BGHZ 103, 316, 329 = NJW 1988, 1785, 1788; BGH, Urt. v. 8.3.1984 – VII ZR 349/82 = BGHZ 90, 273, 278 = NJW 1984, 1750, 1751.

⁴³⁷ Herber, TranspR 2018, 295, 296.

⁴³⁸ Vgl. so auch Rühl, TranspR 2018, 265, 268.

den BGH, eine Rechtsprechungsänderung zu bewirken, noch etwas länger auf sich warten lassen.⁴³⁹

C. Zusammenfassung

Die Analyse der rechtlichen Ausgangslage zeigt, dass Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Verkehr in AGB im deutschen Recht zwar möglich sind, aber verschiedenen Beschränkungen unterliegen. Dies hat die Reformdiskussion um das deutsche AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr angefacht. Insbesondere die Anforderungen an ein „Aushandeln“ i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB werden durch Reformbefürworter gerügt, sowie die Indizwirkung der Inhaltskontrolle der §§ 308, 309 BGB für den unternehmerischen Rechtsverkehr. In der Reformdiskussion wird dabei besonders stark das Risiko einer Rechtsflucht deutscher Unternehmen in nationalen und internationalen Handelsverträgen betont. Das deutsche AGB-Recht wird durch diverse Reformbefürworter als ein maßgeblicher Grund für eine Unattraktivität des deutschen Rechts gerügt.

Die Reformdiskussion um das deutsche AGB-Recht hat bereits eine Reihe an Reformvorschlägen hervorgebracht. Keiner der Vorschläge oder Beiträge zur AGB-Reform hinterfragt jedoch das Argument des Risikos der Rechtsflucht. Ob ein solches Risiko im Vertragsrecht überhaupt besteht und welchen Einfluss das AGB-Recht überhaupt auf die unternehmerische Rechtswahl in Handelsverträgen hat, bleibt offen in den bestehenden Beiträgen. Außerdem werden die Aspekte, wie weit kollisionsrechtlich geflüchtet werden kann, in welchem Ausmaß geflüchtet wird und wie erfolgsversprechend eine ausländische Rechtswahl in unternehmerischen Verträgen ist, um eine liberalere AGB-Kontrolle für Haftungsfreizeichnungen zu erlangen, nicht vertieft analysiert. Letztlich bleibt in den bestehenden Beiträgen zur AGB-Reform auch die Frage offen, was diese verschiedenen Aspekte zur Rechtsflucht für den deutschen Gesetzgeber bedeuten und was dies hinsichtlich eines möglichen Tätigwerdens des Gesetzgebers in Form einer Reform des deutschen AGB-Rechts bedeutet.

Die Triftigkeit des Rechtsfluchtargumentes und dessen Bedeutung für die Reformüberlegungen im deutschen AGB-Recht werden nachfolgen in der Arbeit hinterfragt und analysiert.

⁴³⁹ So ebenfalls *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 288.

Kapitel 2

Kollisionsrechtliche Grenzen der Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in unternehmerischen Verträgen

In der Reformdiskussion um das deutsche AGB-Recht wird als ein zentrales Argument das Risiko einer Rechtsflucht hervorgehoben. Deutsche Unternehmen wären aufgrund der Strenge des deutschen AGB-Rechts dazu veranlasst, ihre Verträge ausländischen Rechtsordnungen zu unterstellen.¹ Dies gelte insbesondere aufgrund der strengen Handhabung von Haftungsfreizeichnungsklauseln in den §§ 305 ff. BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr. Deshalb müsse das deutsche AGB-Recht liberalisiert werden. Dabei wird gerügt, dass das deutsche Recht im Bereich des unternehmerischen Geschäftsverkehrs aufgrund der Regelungen der §§ 305 ff. BGB nicht mehr wettbewerbsfähig sei.² Dieses Argument wird oft nur angerissen. Es werden Vermutungen aufgestellt, inwieweit eine Rechtsflucht vor staatlichen Gerichten und vor Schiedsgerichten wirksam sein könnte,³ und Vorschläge unterbreitet, wie die §§ 305 ff. BGB wirksam umgangen werden könnten.⁴

¹ Solche Bedenken bzw. Vorwürfe äußern u.a.: *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658, 2659; *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2149; *ders.*, NJW 2010, 465, 466 f.; *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 163; *Lenkaitis/Löwisch*, ZIP 2009, 441, 447; *Abels*, FAZ, Recht und Steuern, 7.8.2007; „Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, April 2015, S. 2 f.; Darstellung des Argumentes des Rechtsflucht in: Kapitel 1 – B.II.1.d).

² So bspw. *Müller/Schilling*, BB 2012, 2319, 2319.

³ Auf Tagungen erlebt man teilweise eine Unsicherheit inwieweit eine Rechtsflucht vor dem deutschen AGB-Recht wirksam sein kann und wie eine solche wirksame Abwahl in Unternehmensverträgen auszusehen hätte. So bspw. auf der 3. Norddeutscher Schiedsgerichtstagung, die ein Zusammentreffen von Wissenschaftlern, Anwälten und Unternehmensjuristen war, <https://www.hk24.de/System/vst/1198812?view=&portalAction=wide_render&id=303506#titleInText0>.

⁴ Einen aus kollisionsrechtlicher Sicht problematischen Vorschlag, da dessen Wirksamkeit bislang umstritten und mithin unklar ist, unterbreitete in einem Vortrag „Ausweg Schiedsgerichtsbarkeit? Mehr Gestaltungsfreiheit durch Ausschluss des strengen AGB-Rechts“ RA *Oliver Korte*, SKW Schwarz Rechtsanwälte (Hamburg), 3. Norddeutscher Schiedsgerichtstag, 13.9.2018, Ort: Handelskammer Hamburg, Programm abrufbar unter: <https://www.hk24.de/System/vst/1198812?view=&portalAction=wide_render&id=303506>. Die vorgeschlagene Klausel für eine wirksame Flucht vor Schiedsgerichten lautete: „Die Parteien wählen für Ihren Vertrag deutsches Recht als materiell anwendbares Recht

Inwieweit können deutsche Unternehmen in nationalen und internationalen Handelsverträgen vor dem deutschen AGB-Recht ausweichen und in welchen Vertragskonstellationen setzt das Kollisionsrecht der Rechtsflucht Grenzen? Sind dabei die kollisionsrechtlichen Grenzen vor Schiedsgerichten anders zu beurteilen als vor staatlichen Gerichten? Der Analyse dieser Fragen widmet sich dieses Kapitel. Die §§ 305 ff. BGB stellen im deutschen Recht immerhin einfach zwingendes Recht auch im unternehmerischen Rechtsverkehr dar.⁵ Die Rechtswahl bewegt sich in dem komplexen rechtlichen System des Internationalen Privatrechts (IPR).

Relevanz für die Reformdiskussion hat das Herausarbeiten der kollisionsrechtlichen Grenzen für die Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB, da dadurch herauskristallisiert wird, in welchen Vertragskonstellationen im Handelsverkehr Unternehmen vor dem deutschen AGB-Recht wirksam flüchten können, ohne dass die §§ 305 ff. BGB über eine Sonderanknüpfung zur Anwendung kommen. Darauf aufbauend können Überlegungen zur AGB-Reform gezogen werden. Die für die Reformfrage des deutschen AGB-Rechts interessanten Vertragskonstellationen in der Analyse der kollisionsrechtlichen Grenzen sind alle nationalen und internationalen Verträge, in denen mindestens ein deutsches Unternehmen involviert ist. Dies sind die Fallkonstellationen, in denen ein Bezug zum deutschen Rechtssystem besteht, was von kollisionsrechtlicher Bedeutung ist. Außerdem sind dies die Verträge, bei denen ein Interesse des deutschen Gesetzgebers höher einzuschätzen wäre, dass diese Verträge deutschem Recht unterstellt werden, als bei rein ausländischen Vertragspartnern. Es werden in nachfolgender Analyse mithin alle nationalen und internationalen Vertragskonstellationen betrachtet, in denen mindestens ein deutsches Unternehmen als Vertragspartner beteiligt ist und dessen Vertragschluss nach dem Inkrafttreten der Rom I-VO⁶ erfolgt ist.

Die kollisionsrechtlichen Grenzen einer Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB werden durch eine Untersuchung der Situation vor staatlichen Gerichten (Buchst. A) und Schiedsgerichten (Buchst. B) aufgezeigt. Dabei wird jeweils die Rechtslage vor europäischen Gerichten innerhalb und außerhalb der EU

mit Ausnahme des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen der §§ 305–310 BGB. Dies erfolgt unter Nutzung der Wahlfreiheiten, die § 1051 Abs. 1 ZPO den Parteien gewährt.“; Hinweis auf solche Fluchtüberlegungen vor dem deutschen AGB-Recht durch eine kollisionsrechtliche Wahl des deutschen Rechts, bei der nur die Anwendung der §§ 305–310 BGB ausgeschlossen oder abgemildert sein sollen, bei: *Hau*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Klauseln (S) Rn. S 8a; Ausführungen zur Wirksamkeit einer Rechtsflucht vor Schiedsgerichten siehe Kapitel 2 – B.

⁵ BGH, Urt. v. 20.3.2014 – VII ZR 248/13, Rn. 28 f. = NJW 2014, 1725, 1728; Palandt/Grüneberg, 80. Aufl. 2021, Überbl v § 305 BGB, Rn. 7.

⁶ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), in Kraft ab 17.12.2009 (Art. 29 Rom I-VO).

analysiert. Abschließend werden die Ausweichmöglichkeiten vor den §§ 305 ff. BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr in einem Überblick zusammengefasst, um die hieraus zu ziehenden Konsequenzen für die Reformfrage des deutschen AGB-Rechts darzulegen (Buchst. C).

A. Staatliche Gerichte

Welche Grenzen das Kollisionsrecht der Parteiautonomie bei der Abwahl der §§ 305 ff. BGB in Verträgen mit Streitbeilegung vor staatlichen Gerichten setzt, wird in diesem Abschnitt herausgearbeitet. Die Parteien können sich grundsätzlich zwingendes staatliches Recht aussuchen und dieses auch abwählen. Selbst originär anwendbares, zwingendes Recht kann durch die Rechtswahl einer anderen als der originär anwendbaren Rechtsordnung grundsätzlich weitgehend abgewählt werden. Trotz der bestehenden Dispositionsmöglichkeiten bei der Rechtswahl sind der Parteiautonomie jedoch auch Grenzen gesetzt. Die Grenzen der Rechtswahl gestalten sich dabei unterschiedlich für international zwingende Bestimmungen und einfach zwingende Bestimmungen.⁷ Von einfach zwingenden Normen können die Parteien im Rahmen der vom anwendbaren Recht gewährten Vertragsfreiheit nicht abweichen, jedoch aber durch die Wahl eines anderen Rechts.⁸ Hingegen setzen sich international zwingende Normen auch gegen die Rechtswahl der Parteien durch.⁹ Das Paradox einfach zwingender Normen besteht darin, dass sie sachrechtlich zwingend, kollisionsrechtlich hingegen zunächst grundsätzlich dispositiv sind.¹⁰ Die §§ 305 ff. BGB sind im deutschen Recht auch im unternehmerischen Rechtsverkehr sachrechtlich zwingend. Ihre kollisionsrechtliche Disposition wird nachgehend detailliert erörtert.

Da die kollisionsrechtliche Reichweite der Parteiautonomie und ihre Grenzen in den IPR-Vorschriften des Staates des angerufenen Gerichts (*lex fori*) geregelt sind, gilt für die Ermittlung des auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendenden Rechts für die Gerichte der EU-Mitgliedstaaten die Rom I-VO und für drittstaatliche Gerichte gelten die jeweiligen nationalen IPR-Vorschriften. Bei der Analyse der Grenzen der Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB wird demnach nachfolgend zwischen den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten (Ziff. I) und denen von Drittstaaten differenziert (Ziff. II).

⁷ Michaels, in: LA Schurig 2012, 191, 191; Weller / Benz / Thomale, ZEuP 2017, 250, 276.

⁸ Michaels, in: LA Schurig 2012, 191, 191 f. Wobei unter bestimmten Voraussetzungen auch einfach zwingende Normen gegen eine Rechtswahl durchgesetzt werden können.

⁹ Siehe zur Bedeutung einfach zwingender Normen und ihrer Abgrenzung zu international zwingenden Normen vertiefend: Michaels, in: LA Schurig 2012, 191–210.

¹⁰ Siehe hierzu sehr klar und strukturiert Michaels, in: LA Schurig 2012, 191, 194 f.

Die Grenzen der Rechtsflucht vor drittstaatlichen Gerichten in Europa werden dabei am Beispiel der Schweiz analysiert. Die Schweizer Gerichte sind ein viel gewähltes Forum in Handelsverträgen europäischer Unternehmen und daher ein praxisrelevantes Beispiel.¹¹ Daneben sind auch die englischen Gerichte ein beliebtes Forum in internationalen Verträgen.¹² Da England seit dem Austritt des Vereinigte Königreichs von Großbritannien und Nordirland (Vereinigtes Königreich/VK) aus der EU, dem sog. „Brexit“, am 31. Januar 2020¹³ kein Teil eines Mitgliedstaates der EU mehr ist, gilt die Rom I-VO

¹¹ Dies legen die empirischen Daten verschiedener Studien nahe. Unter der bevorzugten Forumswahl in grenzüberschreitenden Handelsverträgen in der Oxford Civil Justice Survey (2008) gaben die 100 befragten europäischen Unternehmen neben ihrer bevorzugten Wahl des englischen Forums auch als häufige Wahl ein schweizerisches Forum an: „When conducting cross-border transactions, what is your preferred choice of forum?“, Top 6 Antworten: England (17 %), Schiedsverfahren (16 %), Italien (12 %), Deutschland (10 %), Schweiz (10 %) und Frankreich (9 %). Oxford Civil Justice survey (2008), Frage 30, S. 26. Wenn man bei der Unternehmensbefragung die Wahl der Heimatjurisdiktion ausschließt, wird die Beliebtheit des Schweizer Streitbeilegungsortes noch eindeutiger: „If the answer to Question 30 was your home jurisdiction, what is your preferred forum other than your home jurisdiction?“ – Multiple Antworten waren möglich. Die Top 6 Antworten waren: Schweiz (19 %), Sonstige (16 %), England (14 %), Frankreich (13 %), Schiedsverfahren (10 %) und Deutschland (10 %). Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 31.1, S. 26. Ausführliche Analyse der empirischen Daten und der bevorzugten unternehmerischen Wahl siehe unter: Kapitel 4 – A.

¹² In der Oxford Civil Justice Survey (2008) antworteten die 100 europäischen Unternehmen, dass ihre bevorzugte Forumswahl in grenzüberschreitenden Handelsverträgen England wäre: Top 5 Antworten: England (17 %), Schiedsverfahren (16 %), Italien (12 %), Deutschland (10 %) und Schweiz (10 %). Oxford Civil Justice survey (2008), Frage 30, S. 26. Bei der Befragung derselben Unternehmen danach, welches europäische Land ihrer Ansicht zufolge das vorteilhafteste System der Zivilgerichtsbarkeit („civil justice system“) hätte, wurde England an erster Stelle genannt: Multiple Antworten waren möglich. Beachtet man die gesamten Antworten (Frage 37.2), ergeben sich nachfolgende Ergebnisse: England (26 %), Deutschland (21 %), Schweiz (15 %). Beachtet man nur die erste Antwortoption der Umfrageteilnehmer (Frage 37.1) ergeben sich folgende Ergebnisse: England (31 %), Deutschland (24 %), Frankreich (11 %), Schweiz (11 %). Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 37.1, 37.2, S. 34, 35. In der BIICL Survey (2015) haben unter den 224 Befragten 51,3 % (115 Befragte) positiv darauf geantwortet, dass sie in den letzten fünf Jahren eine Gerichtsstandsklausel zugunsten der englischen Gerichte vereinbart oder empfohlen hätten. BIICL Survey (2015), Q12, S. 48. In der BIICL Survey (2015) wurden 161 Antworten auf die Umfrage erhalten, unter denen die Mehrheit der Umfrageteilnehmer aus dem Vereinigten Königreich stammte (51 %), gefolgt von Umfrageteilnehmern aus anderen EU-Mitgliedstaaten (32 %), namentlich aus Deutschland, Italien, Spanien, den Niederlanden, Schweden, Österreich, Finnland, Griechenland, Belgien, der Tschechischen Republik, Frankreich, Ungarn, Litauen, Malta, Slowakei waren, BIICL Survey (2015), S. 5; zu den Details der Umfragen siehe: Kapitel 3 – B.I.

¹³ Zum Austrittsdatum (Datum des „Brexits“): <<https://eur-lex.europa.eu/content/news/Brexit-UK-withdrawal-from-the-eu.html?locale=de>>.

nicht mehr automatisch vor englischen Gerichten. Im EU-VK-Austrittsabkommen¹⁴ wurde ein elfmonatiger Übergangszeitraum vereinbart, der am Tag des Inkrafttretens des Abkommens begann und am 31. Dezember 2020 geendet ist, vgl. Art. 126 EU-VK-Austrittsabkommen.¹⁵ Wie sich die Rechtslage infolge des Brexits am Ende dieses Übergangszeitraumes, der sog. *implementation period* oder *transition period*, ab 1. Januar 2021 gestalten würde, verblieb lange Zeit unklar. Dies galt auch für die kollisionsrechtliche Rechtslage. Obwohl das Vereinigte Königreich seit dem Austrittsdatum kein EU-Mitgliedstaat mehr ist, unterlag es trotzdem während der Übergangsphase in weiten Teilen den Regelungen des EU-Rechts.¹⁶ Das letztlich vereinbarte Austrittsabkommen vom 31. Dezember 2020 trifft keine Bestimmungen zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht.¹⁷ Die kollisionsrechtliche Rechtslage bezüglich des auf B2B-Verträge anwendbaren Rechts vor englischen Gerichten post-Brexit während des Übergangszeitraumes sowie seit Ablauf des Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2020 werden erörtert.

I. Gerichte der EU-Mitgliedstaaten

Vor den staatlichen Gerichten der EU-Mitgliedstaaten gilt gem. Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO der Grundsatz der Parteiautonomie. Die Rom I-VO ist in sämtlichen Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme Dänemarks anwendbar¹⁸ und ist seit dem 17. Dezember 2009 auf alle Schuldverhältnisse anwendbar, die ab

¹⁴ Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft v. 12.11.2019, ABl. 2019 C 384 I, 1.

¹⁵ Der Zeitraum hätte zwar gem. Art. 132 EU-VK-Austrittsabkommen durch einen einzigen und vor dem 1. Juli 2020 erlassenen Beschluss zur Verlängerung des Übergangszeitraums um höchstens 1 oder 2 Jahre verlängert werden können. Eine solche Verlängerung des Übergangszeitraumes wurde jedoch bereits während des Übergangszeitraumes gesetzlich im Vereinigten Königreich ausgeschlossen, vgl. Art. 33 Withdrawal Act 2020. Ein Verlängerungsbeschluss vor dem 1. Juli 2020 ist ebenfalls nicht erfolgt. Vgl. <<https://www.gov.uk/government/news/uk-government-will-not-be-seeking-an-extension-to-the-eu-exit-transition-period>>.

¹⁶ Art. 127 (1) EU-VK-Austrittsabkommen sieht eine grundsätzliche weitere Geltung des Unionsrechts während des Übergangszeitraums für das VK sowie im VK vor. Art. 127 (3) EU-VK-Abkommen sieht darüber hinaus vor, dass während des Übergangszeitraums das geltende Unionsrecht die gleichen Rechtswirkungen für das sowie in dem VK entfaltet wie innerhalb der Union und ihrer Mitgliedstaaten und nach denselben Methoden und allgemeinen Grundsätzen auslegt und angewendet wird, die auch innerhalb der Union gelten.

¹⁷ „Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich andererseits“, L 444/14, Official Journal of the European Union 31.12.2020 (abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2020.444.01.0014.01.ENG>).

¹⁸ Palandt / Thorn, 80. Aufl. 2021, Rom I (IPR) Vorbem., Rn. 2 und Rom I 1 (IPR), Rn. 18; Erwägungsgrund (46) der Rom I-VO zur Position Dänemarks.

diesem Zeitpunkt geschlossen werden.¹⁹ Sie löst das für Deutschland 1991 in Kraft getretenen Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980 (Europäisches Schuldvertragsübereinkommen/EVÜ)²⁰ und die in Deutschland vormaligen Artt. 27–37 EGBGB ab.²¹ Die Rom I-VO hat dabei das EVÜ behutsam weiterentwickelt und auf radikale Änderungen verzichtet.²² Im Grundsatz gilt Parteiautonomie (Ziff. 1). Die Rom I-VO sieht, wie bereits das EVÜ, jedoch auch verschiedene Beschränkungen der Parteiautonomie vor.²³ Grenzen bestehen im europäischen Regime über das Recht der engsten Verbindung (Art. 3 Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO), über zwingende Regelungen des Forums (Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO) und des Erfüllungsortes (Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO).²⁴ Die Begrenzung der Rechtswahl und somit des Grundsatzes der Parteiautonomie kann demnach über die Ebene des einfach zwingenden Rechts, Art. 3 Rom I-VO (Ziff. 2), über die Ebene der international zwingenden Eingriffsnormen, Art. 9 Rom I-VO (Ziff. 3), und über den *ordre public* (Ziff. 4) erfolgen. Unter welcher dieser Grenzen den §§ 305 ff. BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr trotz ausländischer Rechtswahl Geltung verliehen wird, wird hier analysiert. Dabei wird auch auf die Option einer Wahl des CISG²⁵ als auf den Vertrag anwendbares Recht eingegangen und inwiefern dies eine Rechtsflucht vor der deutschen AGB-Kontrolle ermöglichen vermag (Ziff. 5).

1. Grundsatz der Parteiautonomie

Vor den deutschen Gerichten und vor den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten sind die Parteien bei vertraglichen Schuldverhältnissen hinsichtlich der wählbaren Rechtsordnung grundsätzlich gänzlich frei – Grundsatz der (kollisionsrechtlichen) Parteiautonomie, Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO.²⁶ Im Grundsatz ist eine ausländische Rechtswahl bei nationalen und internationalen schuldrecht-

¹⁹ Palandt / Thorn, 80. Aufl. 2021, Rom I (IPR) Vorbem., Rn. 1; vgl. Art. 28, 29 Rom I-VO zum zeitlichen Anwendungsbereich der Verordnung.

²⁰ 80/934/EWG: Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, aufgelegt zur Unterzeichnung am 19. Juni 1980 in Rom (EVÜ), in Deutschland veröffentlicht in BGBl 1986 II 809 ff.

²¹ v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 1; Palandt / Thorn, 80. Aufl. 2021, Rom I (IPR) Vorbem., Rn. 1.

²² Palandt / Thorn, 80. Aufl. 2021, Rom I (IPR) Vorbem., Rn. 6; Mankowski, IHR 2008, 133, 133.

²³ Ragno, in: Ferrari, Rome I Regulation, 2015, Art. 3, Rn. 9; mehr dazu sogleich unter Kapitel 2 – A.I.2–Kapitel 2 – A.I.4.

²⁴ Fentiman, International commercial litigation (2015), Rn. 5.52.

²⁵ „United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)“ (CISG) / Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (BGBl. 1989 II S. 586, ber. 1990 S. 1699) (UN-Kaufrecht).

lichen Verträgen möglich.²⁷ Der Kreis der wählbaren Rechtsordnungen ist unbeschränkt für die Parteien.²⁸ Es kann auch ein „neutrales“ Recht, das keinen objektiven Bezug zu einer der Vertragsparteien oder dem Vertrag hat, gewählt werden, solange dies innerhalb der Grenzen des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO abläuft.²⁹ Die freie Rechtswahl der Parteien ist einer der Ecksteine des Systems der Kollisionsnormen im Bereich der vertraglichen Schuldverhältnisse, wie Erwägungsgrund (11) der Rom I-VO hervorhebt.³⁰ Die Rechtswahl ist zu jeder Zeit möglich und änderbar gem. Art. 3 Abs. 2 Rom I-VO, was den Parteien in der Praxis ermöglicht das Recht des Forums im Laufe des Verfahrens zu wählen, sodass ein Gleichlauf zwischen Recht und Forum zustande kommen kann.³¹

Die Rechtswahlmöglichkeit hat in der Praxis große Bedeutung, da sie den Vertragsparteien ermöglicht, durch eine Kombination der kollisionsrechtlichen Wahlfreiheit und der sachrechtlichen Vertragsfreiheit den bestmöglichen Vertragsinhalt zu erreichen.³² Die Rechtswahl erlaubt den Vertragsparteien

²⁶ MüKo / *Martiny*, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 8; Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 1; v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 60; Palandt / *Thorn*, 80. Aufl. 2021, Rom I 3 (IPR), Rn. 2; Ferrari / *Ferrari*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 1; *Martiny*, in: Reithmann / *Martiny*, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 2.2; *Ringe*, in: Herberger / *Martinek / Rüßmann u. a.*, jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 1; *Brödermann*, in: Brödermann / *Rosengarten*, IPR/IZVR, 8. Aufl. 2019, Rn. 370; *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 1188. Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO ist hierbei größtenteils übereinstimmend mit Art. 3 Abs. 1 EVÜ und dem in Deutschland vormals geltenden Art. 27 Abs. 1 EGBGB a.F. Zum Grundsatz der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht zur alten Rechtslage (EVÜ und EGBGB a.F.): *Kegel / Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, S. 652; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, S. 459.

²⁷ Vgl. zur Rechtswahl innerhalb des Anwendungsbereiches der Rom I-VO: *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 1188; Ferrari / *Ferrari*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 1.

²⁸ v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1, Rn. 66.

²⁹ v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1, Rn. 68, 70; *Mankowski*, RIW 2003, 2, 5; *Stürner*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 8; *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 5.43; aus der englischen Literatur zur Rom I-VO vor dem EU-Austritt der UK siehe auch: *Dicey, Morris and Collins*, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 32-045; zur Möglichkeit der Wahl einer „neutralen“ Rechtsordnung nach alter Rechtslage innerhalb der Grenze des Art. 27 Abs. 3 EGBGB a.F.: *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, S. 298 f.

³⁰ Siehe Erwägungsgrund (11) der Rom I-VO; vgl. Betonung dieses Grundsatzes in *Martiny*, in: Reithmann / *Martiny*, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 2.5; *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 5.52.

³¹ *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 5.51; v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1, Rn. 172.

³² Siehe so auch v. *Bar / Mankowski*, IPR I, 2. Aufl., 2003, § 3 Rn. 65; *Michaels*, in: LA Schurig 2012, 191, 195.

auch, das aufgrund sachrechtlicher und kollisionsrechtlicher Überlegungen als bestes erscheinende Recht zu wählen.³³ Werden durch eine kollisionsrechtliche Gestaltung materiellrechtliche Vorteile erzielt, die die objektiv anwendbare Rechtsordnung nicht mit sich bringt, begründet dies keine rechtlich missbilligte Umgehungsabsicht.³⁴ Das gilt selbst dann, wenn durch die Rechtswahl vor zwingendem nationalem Recht ausgewichen werden soll.³⁵ Eine Einschränkung der Rechtswahl unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung (*fraus legis*) kann daher nur schwer beziehungsweise kaum angenommen werden, da Art. 3 Rom I-VO die Rechtswahl ohne Rücksicht auf ihre Motive zulässt.³⁶ Aufgrund der Parteiautonomie kann folglich durch die Wahl einer liberaleren Rechtsordnung national zwingendes Recht abgewählt werden.³⁷ Das gewählte Statut kann dabei auch Nachteile für die schwächere Vertragspartei oder für nicht am Auswahlvorgang beteiligte Dritte beinhalten.³⁸ Ebenfalls sind die Parteien hinsichtlich des Wahlkatalogs der Rechtsordnungen frei. Solange die Rechtsordnungen staatlicher Natur sind, ist der Kreis der wählbaren Rechtsordnungen im Vertragsrecht nicht limitiert.³⁹

Trotz der grundsätzlichen Rechtswahlfreiheit innerhalb des Geltungsbereichs der Rom I-VO ist die Wahl nichtstaatlicher Regelwerke kollisionsrechtlich gem. Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO nicht möglich.⁴⁰ In der Praxis ist die Wahl nichtstaatlicher Regelwerke zwar bislang eher ungewöhnlich, erfolgt jedoch gelegentlich.⁴¹ In der *Oxford Civil Justice Survey* (2008) beantwortete

³³ Michaels, in: LA Schurig 2012, 191, 196; Weller / Benz / Thomale, ZEuP 2017, 250, 269.

³⁴ Weller / Benz / Thomale, ZEuP 2017, 250, 270; MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 11.

³⁵ Weller / Benz / Thomale, ZEuP 2017, 250, 270; MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 11; Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 34.

³⁶ Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 34 m.w.N. zu verschiedenen Positionen diesbezüglich; MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 11 (eine Einschränkung der Rechtswahl wegen Gesetzesumgehung bzw. Rechtsmissbrauch (*fraus legis*) könne nur in extremen Fällen angenommen werden).

³⁷ Weller / Benz / Thomale, ZEuP 2017, 250, 252.

³⁸ Weller / Benz / Thomale, ZEuP 2017, 250, 269.

³⁹ Dazu sogleich detaillierter zur Rechtslage innerhalb der EU mit Blick auf die Rom I-VO und außerhalb der EU.

⁴⁰ Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 40; v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1, Rn. 183; Ferrari / Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 18 f.; Fentiman, International commercial litigation (2015), Rn. 5.28; Dicey, Morris and Collins, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 32-050; Palandt / Thorn, 80. Aufl. 2021, Rom I 3 (IPR), Rn. 1; Schilf, RIW 2013, 678, 680.

⁴¹ Born, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13.04 [E], S. 260; Morgan, Contract law minimalism (2013), S. 215 erachtet das Ausweichen in nichtstaatliches Recht als Vertragsrecht sogar als eine Häufigkeit in Handelsverträgen.

ten unter den 100 europäischen Unternehmen, die Frage, ob sie „general principles of international commercial contracts“, „lex mercatoria“ oder ähnliches für ihre grenzüberschreitenden Verträge wählen würden, 58 % dies mit „nie“ und weitere 23 % mit „fast nie“, 13 % mit „gelegentlich“ und nur 6 % mit „oft“.⁴² Die gleiche Frage bezüglich der *UNIDROIT-Principles* erhielt als Antworten 63 % „nie“, 20 % „fast nie“, 13 % „gelegentlich“ und 4 % „oft“.⁴³ Bei der Frage, ob die Unternehmen die *Principles of European Contract Law* (PECL) in ihre grenzüberschreitenden Verträge übernehmen würden, antworteten sogar 90 % mit einem „nie“, 6 % mit „fast nie“ und 4 % mit „gelegentlich“.⁴⁴ Der Vorschlag auch Prinzipien und Regeln, die international oder in der Gemeinschaft anerkannt sind, mit in den Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO aufzunehmen, wurde letztlich nicht übernommen.⁴⁵

Die Wahl nichtstaatlicher Regelwerke ermöglicht keine wirksame Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in unternehmerischen Verträgen bei Verfahren vor staatlichen Gerichten der EU-Mitgliedstaaten. Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO steht der kollisionsrechtlichen Wirkung der Wahl nichtstaatlicher Regelwerke entgegen. Eine Rechtswahl solcher allgemeinen Rechtsgrundsätze kann lediglich als materiellrechtliche Wahl gewertet werden.⁴⁶ Durch eine Bezugnahme auf nichtstaatliche Regelwerke werden diese wie AGB in den Vertrag hineingezogen, sind aber keine Rechtswahl, und deren Wirksamkeit bestimmt sich nach dem Vertragsstatut, somit nach dem auf den Vertrag anwendbaren Recht. Neben einer Wahl nichtstaatlicher Regelwerke in einem Handelsvertrag gelangt folglich das objektiv anwendbare Vertragsrecht samt dessen AGB-Kontrolle zur Anwendung, sodass ein Ausweichen vor der AGB-Kontrolle nicht glückt. Die *Principles of European Contract Law* (PECL), der *Common Frame of Reference* (DCFR), die *UNIDROIT Principles* oder das *Common European Sales Law* (CESL) können also nicht durch Rechtswahl gem. Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO als staatliches Recht gewählt werden. Eine Bezugnahme auf solche nichtstaatlichen Regelwerke in Verträgen ist selbstverständlich möglich, wie auch Erwägungsgrund (13) Rom I-VO betont,⁴⁷ diese verbleibt jedoch in ihrer rechtlichen Bedeutung eine materiellrechtliche Wahl. Der generellen Annahme, dass die Wahl nichtstaatlicher Regelwerke lediglich eine materiellrechtliche und keine kollisionsrechtliche Wahl bedeutet, steht auch

⁴² Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 23, S. 22.

⁴³ Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 25, S. 23.

⁴⁴ Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 26, S. 24.

⁴⁵ Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 40; Fentiman, International commercial litigation (2015), Rn. 5.28.

⁴⁶ Ferrari / Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 18; Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 40.

⁴⁷ Vgl. Erwägungsgrund (13) der Rom I-VO: „Diese Verordnung hindert die Parteien nicht daran, in ihrem Vertrag auf ein nichtstaatliches Regelwerk oder ein internationales Übereinkommen Bezug zu nehmen.“

nicht entgegen, dass Schiedsgerichte einer solchen Rechtswahl bisweilen kollisionsrechtliche Wirkung haben zukommen lassen.⁴⁸

Es bestehen jedoch Vorschläge zur Reformierung des Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO dahingehend, dass es unternehmerischen Parteien gestattet werden solle, auch nichtstaatliche Regelwerke, wie beispielsweise die *UNIDROIT Principles*, als materielle Rechtswahl bestimmen zu können.⁴⁹ *Rühl* schlägt in dieser Hinsicht vor, sich am Beispiel der *Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*⁵⁰ zu orientieren, die die Wahl nichtstaatlicher Regelwerke unternehmerischen Parteien erlauben.⁵¹ Für eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB hätte dies zur Folge, dass dann vor staatlichen Gerichten der EU-Mitgliedstaaten auch durch die Wahl nichtstaatlicher Regelwerke im Rahmen des Art. 3 Rom I-VO vor der deutschen AGB-Kontrolle ausgewichen werden könnte (zur Ausnahme reiner Inlandssachverhalte sogleich). Bei einer Umsetzung dieses Vorschlags wären die kollisionsrechtlichen Ausweichmöglichkeiten vor der deutschen AGB-Kontrolle um eine weitere Option ergänzt. Nach geltender Rechtslage steht einer Kopplung einer materiellrechtlichen mit einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl nichts entgegen.⁵² Hierdurch können nichtstaatliche Regelwerke zur Anwendung berufen werden, ohne jedoch eine kollisionsrechtliche Wirkung hervorzurufen. Daneben findet das gewählte – alternativ das objektiv anwendbare – staatliche Recht Anwendung.

2. Grenzen des einfach zwingenden Rechts, Art. 3 Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO

Die Rom I-VO setzt der Rechtswahl in reinen Inlands- bzw. Binnenmarkt-sachverhalten über Art. 3 Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO Grenzen, sodass zwingende inländische und europäische Normen bei fehlender Auslandsbe-

⁴⁸ Ferrari / *Ferrari*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 18. Zur Rechtswahl vor Schiedsgerichten vertiefend in Kapitel 2 – B.

⁴⁹ *Rühl*, „Building Competence in Commercial Law in the Member States“, Study for the JURI Committee (Sept. 2018), S. 8, 47 f.

⁵⁰ Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (approved on 19 March 2015), Hague Conference on Private International Law (HCCH), abrufbar unter: <https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MHB_MA_31647.pdf>.

⁵¹ Art. 3 Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts; *Rühl*, „Building Competence in Commercial Law in the Member States“, Study for the JURI Committee (Sept. 2018), S. 20, 44, 47.

⁵² Eine solche Koppelung könnte bspw. lauten: „Für diesen Vertrag gelten die UNIDROIT Principles und ergänzend deutsches Recht.“; s.a. Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 40.

rührung nicht ausgeschaltet werden können.⁵³ Auf diese Weise erweitert der Gesetzgeber materiellrechtliche Beschränkungen der Vertragsfreiheit über das Kollisionsrecht.⁵⁴ Der im Grundsatz weitreichend gewährten Rechtswahlfreiheit im unternehmerischen Rechtsverkehr werden hierdurch Grenzen gesetzt. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO verhindert in reinen deutschen Inlandssachverhalten die Abwahl der §§ 305 ff. BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr trotz ausländischer Rechtswahl. Der Anwendungsbereich und die praktische Bedeutung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO wird nachfolgend im Einzelnen analysiert (Buchst. a). Die Binnenmarktklausel des Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO setzt der Rechtsflucht vor dem deutschen AGB-Recht im B2B-Verkehr hingegen keine Grenzen (Buchst. b).

a) Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO

Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO stellt einen Vorbehalt zugunsten des einfach zwingenden nationalen Rechts bei fehlendem Auslandsbezug dar. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO setzt voraus, dass wenn

„[...] alle anderen Elemente des Sachverhalts zum Zeitpunkt der Rechtswahl in einem anderen als demjenigen Staat belegen [sind], dessen Recht gewählt wurde, so berührt die Rechtswahl der Parteien nicht die Anwendung derjenigen Bestimmungen des Rechts dieses anderen Staates, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann.“

Die Norm bestimmt, dass bei einer Auslandsrechtswahl in einem reinen Inlandssachverhalt ohne Elemente in einem anderen Staat, das zwingende Recht des betroffenen Staates weiter gilt.⁵⁵ Bei reinen Inlandssachverhalten kann die Anwendung der einfach zwingenden Vorschriften des deutschen Rechts mithin nicht durch Wahl eines ausländischen Rechts ausgeschlossen werden.⁵⁶ Das Recht des Staates, dessen zwingende Normen gelten sollen (sog. Einbettungsstatut), gilt ungeachtet einer ansonsten greifenden und wirksamen Rechtswahl.⁵⁷ Die Wahl eines ausländischen Vertragsstatuts bleibt beim Eingreifen des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO dennoch wirksam, wird jedoch im Um-

⁵³ v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 75 und 204 ff.; Martiny, in: Reithmann / Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 4.124 und 4.128; Fentiman, International commercial litigation (2015), Rn. 3.81.

⁵⁴ Michaels, in: LA Schurig 2012, 191, 196.

⁵⁵ Palandt / Thorn, 80. Aufl. 2021, Einl v EGBGB 3 (IPR), Rn. 26; v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1, Rn. 204; Ringe, in: Herberger / Martinek / Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 44 f.; Dicey, Morris and Collins, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 32-046.

⁵⁶ Palandt / Thorn, 80. Aufl. 2021, Einl v EGBGB 3 (IPR), Rn. 26; Brödermann, in: Brödermann / Rosengarten, IPR/IZVR, 8. Aufl. 2019, Rn. 256; AnwK AGB-Recht / Niebling, 3. Aufl. 2017, Lexikon – Rechtswahl-AGB, Rn. 1772.

⁵⁷ MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 84; Stürner, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 26a.

fang beschränkt beziehungsweise überlagert.⁵⁸ Die Rechtsfolge einer Rechtswahl beim Vorliegen zwingender Vorschriften des objektiv anwendbaren Rechts ist folglich eine nur materiellrechtliche Wirkung (materiellrechtliche Verweisung) der eigentlichen Rechtswahl der Parteien.⁵⁹ Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO beschränkt die Rechtswahl in ihrer Wirkung und gibt zwingendem Recht eine überschreibende Wirkung, da anstelle des gewählten Rechts die kollisionsrechtlich berufenen einfach zwingenden Normen des hypothetischen objektiven Vertragsstatuts durchgesetzt werden.⁶⁰

Die Norm will verhindern, dass die Vertragsparteien die einheimischen, nicht abdingbaren Regelungen in reinen Inlandsverhalten durch das simple Hilfsmittel einer ausländischen Rechtswahl umgehen.⁶¹ Die zwingenden Vorschriften des Einbettungsstatuts können auch in Koppelung mit einer Gerichtsstandsklausel nicht ausgeschaltet werden, da es für einen Auslandsbezug auf eine objektive, signifikante Verbindung ankommt und keine subjektive Verbindung, wie eine Gerichtsstandswahl durch die Wahl der Parteien, genügt.⁶² Auf diese Weise setzten sich neben der Rechtswahl weitere Normen des hypothetischen Vertragsstatuts durch, die in das von den Parteien durch Rechtswahl bestimmte Vertragsstatut „hineinregieren“ wollen.⁶³ Dadurch wird die Rechtswahl unter Umständen, das heißt bei reinen Inlandsverhalten, abgeschwächt und ist im Ergebnis schwächer als die objektive Anknüpfung.⁶⁴ Die in Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO getroffene Regelung stellt einen Kompromiss zwischen verschiedenen Auffassungen dar:⁶⁵ Einerseits der Notwendigkeit einer weiteren Auslandsberührungen und andererseits der freien Rechtswahl, selbst bei mangelndem Auslandsbezug.⁶⁶ Art. 3 Rom I-VO

⁵⁸ Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 131; Weller / Benz / Thomale, ZEuP 2017, 250, 278.

⁵⁹ Ferrari / Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 49; v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 207; Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 131; Ringe, in: Herberger / Martinek / Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 44.

⁶⁰ Fentiman, International commercial litigation (2015), Rn. 3.81; Michaels, in: LA Schurig 2012, 191, 197.

⁶¹ Ragno, in: Ferrari, Rome I Regulation, 2015, Art. 3, Rn. 54.

⁶² Ferrari / Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 49; Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 135; v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 205.

⁶³ Michaels, in: LA Schurig 2012, 191, 205.

⁶⁴ So auch Michaels, in: LA Schurig 2012, 191, 205.

⁶⁵ Vgl. ebenfalls: Ferrari / Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 49; MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 4.

⁶⁶ Ferrari / Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 49; zu diesem Kompromiss bereits beim ursprünglichen Art. 3 Abs. 3 EVÜ: Ringe, in: Herberger / Martinek / Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 45.

übernimmt dabei größtenteils den Regelungsgehalt des Art. 3 EVÜ,⁶⁷ der hinsichtlich der Grenze des reinen Inlandssachverhaltes des Abs. 3 der jeweiligen Normen lediglich leichte, rechtlich nicht bedeutsame Veränderungen am Wortlaut mit sich brachte.⁶⁸

Die Voraussetzung für ein Eingreifen der Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ist, dass einfach zwingendes Recht vorliegt und ein reiner Inlandssachverhalt besteht. Damit den §§ 305 ff. BGB trotz einer Rechtswahl in einem Handelsvertrag über den Beschränkungsmechanismus des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO Wirkung verliehen wird, müssen die Normen der deutschen AGB-Kontrolle einerseits „nicht durch Vertrag abdingbares Recht“ i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO sein und zudem ein reiner Inlandssachverhalt vorliegen. Erfüllen die §§ 305 ff. BGB die Anforderungen, stellt sich die Frage, wie hoch die Hürde des reinen Inlandssachverhaltes für unternehmerische Parteien ist und wie praxisrelevant die Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ist.

Während die §§ 305 ff. BGB Normen i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO sind (Buchst. aa), ist die Hürde des reinen Inlandssachverhaltes aufgrund diverser Optionen einen internationalen Sachverhalt zu kreieren nicht allzu schwer für unternehmerische Parteien zu überwinden. Trotzdem verbleibt der Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO für die Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB eine praxisrelevante Bedeutung, insbesondere für Verträge kleinerer Unternehmen. Der Großteil der Handelsverträge dieser kleineren Unternehmen wird typischerweise in Form reiner Inlandssachverhalte abgeschlossen (Buchst. bb).

aa) §§ 305 ff. BGB einfach zwingendes Recht i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO

Die §§ 305 ff. BGB sind einfach zwingendes Recht i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO. Zwingende Bestimmungen i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO umfassen alle der sachrechtlichen Privatautonomie entzogenen, nicht dispositiven Vorschriften des (Gerichts-)Staates.⁶⁹ Die Feststellung, welche Normen nationale, nicht abdingbare Regelungen sind, bestimmt das nationale Recht und ist gegebenenfalls durch Auslegung der einzelnen Vorschrift zu ermitteln.⁷⁰ Diese Frage kann komplex sein, insbesondere, wenn das Rechtssystem ein anderes als die *lex fori* ist.⁷¹ Auf einen internationalen Geltungswillen der Bestimmungen kommt es nicht an, da gerade der ausschließliche Bezug zu der einen Rechtsordnung geschützt werden soll.⁷² Es handelt sich beim einfach zwingenden Recht nicht nur um Eingriffsnormen, sondern eben auch um beson-

⁶⁷ *Ragno*, in: Ferrari, Rome I Regulation, 2015, Art. 3, Rn. 5.

⁶⁸ S.a. Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 130.

⁶⁹ Ferrari / *Ferrari*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 56.

⁷⁰ v. *Bar* / *Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 208.

⁷¹ *Ragno*, in: Ferrari, Rome I Regulation, 2015, Art. 3, Rn. 55.

⁷² *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 1319.

ders wichtige Normen für den nationalen Gesetzgeber – daher „einfach“ zwingend. Die §§ 305–310 BGB sind Teil des zwingenden Rechts der deutschen Rechtsordnung, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf i. S. d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO.⁷³ Bei reinen deutschen Inlandssachverhalten kann somit beispielsweise bei einer Rechtswahl zugunsten des schweizerischen oder des englischen Rechts zumindest vor staatlichen Gerichten nicht die Anwendung der einfach zwingenden AGB-Vorschriften des deutschen Rechts ausgeschlossen werden.⁷⁴ Bei einem reinen deutschen Inlandssachverhalt kann demnach aufgrund des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO nicht vor der deutschen AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB durch Wahl eines ausländischen Rechts in B2B-Verträgen vor staatlichen Gerichten ausgewichen werden. Hinsichtlich der Schranke des Art. 3 Abs. 3, Abs. 4 Rom I-VO bestehen jedoch auch bereits Überlegungen in der Literatur, diese dahingehend abzuändern, dass es unternehmerischen Parteien möglich sein solle, das Recht eines Drittstaates oder eines ausländischen Staates in einem rein nationalen Fall wählen zu können, ohne dass zwingendes Recht über die Norm eingreifen würde.⁷⁵ Dies würde die derzeit verbleibende Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, die eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB im B2B-Verkehr in reinen deutschen Inlandssachverhalten vor Gerichten der EU-Mitgliedstaaten verhindert, aufheben.

bb) Anforderungen eines reinen Inlandssachverhaltes i. S. d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO

Wie hoch die praktische Relevanz der Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO für Handelsverträge und demnach der Durchgriff der deutschen AGB-Kontrolle trotz ausländischer Rechtswahl ist, hängt von der Bedeutung der Hürde des reinen Inlandssachverhaltes ab. Teilweise wird vertreten, dass der Anwendungsbereich und folglich die praktische Relevanz der Beschränkung der Parteiautonomie durch Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO verhältnismäßig gering ist, da ein reiner Inlandssachverhalt nur noch selten in der Praxis bestehe.⁷⁶

⁷³ MüKo / *Martiny*, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 87; Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 146; *Hau*, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, IntGV Rn. 33; AnwK AGB-Recht / *Niebling*, 3. Aufl. 2017, Lexikon – Rechtswahl-AGB, Rn. 1772; Soergel / *Fritzsche*, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 305 ff BGB, Rn. 17; *Lenkaitis / Löwisch*, ZIP 2009, 441, 444; s. a. zur alten Rechtslage zu Art. 27 Abs. 3 EGBGB: OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 1.6.1989 – 6 U 76/88 = NJW-RR 1989, 1018, 1018 f.

⁷⁴ S. a. *Brödermann*, in: Brödermann / Rosengarten, IPR/IZVR, 8. Aufl. 2019, Rn. 256; Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1169.

⁷⁵ Siehe so: *Rühl*, „Building Competence in Commercial Law in the Member States“, Study for the JURI Committee (Sept. 2018), S. 8, 44, 48.

⁷⁶ So bspw. *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 3.43 und 3.81; so auch mit der Begründung, dass die Märkte heute international sehr vernetzt sind: *Ringe*, in:

Zu selten seien die Anforderungen an einen reinen Inlandssachverhalt erfüllt.⁷⁷ Durch die nachträgliche Bestimmung des auch anwendbaren Rechts über Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO entstände eine hohe Rechtsunsicherheit für die Parteien, die jedoch in der Praxis weitaus weniger gravierende Konsequenzen mit sich bringe, als dies zunächst suggeriere.⁷⁸ Voraussetzung für einen Inlandssachverhalt ist nach dem Wortlaut der Norm, dass „alle anderen Elemente eines Sachverhaltes [...] in einem anderen Staat als demjenigen belegen [sind], dessen Recht gewählt wurde“ (Hervorhebung durch Verf.). Die Hürde des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ist aufgrund des Wortlautes „alle anderen Elemente“ hoch für das Erreichen eines reinen Inlandssachverhaltes, da ein einziges anderes Element ausreicht, um die Anforderung nicht zu erfüllen. Dennoch sind die Anforderungen nicht undenkbar für geringvolumigere Verträge zwischen zwei deutschen KMUs im Inland. Dass KMUs in geringerem Maße internationale Verträge abschließen als Großunternehmen, lassen die Daten des Statistischen Bundesamtes zu Unternehmensgrößen deutscher Unternehmen in Verbindung mit den Daten der Intrahandelsstatistik zum grenzüberschreitenden Warenverkehr erkennen.⁷⁹ Außerdem mildert die Rechtsprechung den Maßstab des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, dass „alle anderen Elemente“ in einem anderen Staat belegen sein müssen, teilweise etwas ab, indem sie den Wortlaut in solchen Fällen erweiternd auslegt, in denen eine Umgehungsabsicht einer oder beider Parteien vor ansonsten zwingenden Normen ersichtlich ist.⁸⁰ In solchen Konstellationen ist die Rechtsprechung

Herberger/Martinek / Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 46; ebenfalls *Ragno*, in: Ferrari, Rome I Regulation, 2015, Art. 3, Rn. 53; *Briggs*, in: Burrows (Hrsg.), Oxford Principles of English Law – English Private Law, 3. Aufl. 2013, Rn. 20.152; *Stone*, EU Private International Law, 4. Aufl. 2018, Rn. 14.51 beschreibt dies bildlich als „But it may be doubted whether a case caught by Article 3 (3) will arise more often than a solar eclipse visible in London!“.

⁷⁷ *Briggs*, in: Burrows (Hrsg.), Oxford Principles of English Law – English Private Law, 3. Aufl. 2013, Rn. 20.152.

⁷⁸ *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 3.81.

⁷⁹ Die Daten des Statistischen Bundesamtes zeigen über Unternehmensgrößen deutscher Unternehmen in Verknüpfung mit den Einzeldaten der Intrahandelsstatistik, in der der Warenverkehr zwischen Deutschland und den anderen EU-Mitgliedstaaten erhoben wird, dass der Internationalisierungsgrad von KMUs im Vergleich zu Großunternehmen wesentlich weniger ausgeprägt ist. Während im Berichtsjahr 2011 KMUs 16 % im Jahr 2011 Waren eingeführt hatten und 7 % Waren ausgeführt hatten, hatten Großunternehmen 45 % Warenimporte aus einem anderen EU-Mitgliedstaat und 40 % Warenexporte in einen anderen EU-Mitgliedstaat. Daten der Intrahandelsstatistik des Berichtsjahres 2011 aus dem Fachbericht des Statistischen Bundesamtes: „Export, Import, Globalisierung – Deutscher Außenhandel 2011“, S. 45; siehe hierzu auch *Söllner*, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, Januar 2014, 40, 47 f., Schaubild 7.

⁸⁰ So war bspw. die israelische Staatsangehörigkeit beider Vertragsparteien nicht störend, um einen engen Bezug zum deutschen Recht und mithin einen reinen Binnensach-

eher geneigt, trotz eines ausländischen Elementes, dennoch einen reinen Inlandssachverhalt anzunehmen, um die Umgehung der zwingenden Normen nicht zu ermöglichen.⁸¹ Dies senkt die Schwelle des reinen Inlandssachverhaltes etwas ab und bietet der Vorschrift dadurch mehr Praxisrelevanz. Gleichwohl ist gut denkbar, dass sich vielen großvolumigeren Verträgen ohne allzu große Hürde in einem reinen Inlandssachverhalt ein Auslandselement hinzuzufügen lasse, wenn die Parteien darauf abzielen wollen.⁸² Dies wiederum nähme der Grenze des reinen Inlandssachverhaltes an Bedeutung.

An welchen Aspekten der Auslandsbezug im Einzelnen festgemacht wird, ist zentral für die Beurteilung der Relevanz der Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO. Die Bestimmung des Auslandsbezugs ist unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen.⁸³ Wenn objektive Anknüpfungsmerkmale vorliegen, die auch sonst zur Verknüpfung eines Schuldvertrages mit einer bestimmten Rechtsordnung geführt hätten, und diese zu einer fremden Rechtsordnung führen, liegt ein Auslandsbezug vor.⁸⁴ Für das Vorliegen eines Auslandssachverhaltes wird jedoch eine kollisionsrechtlich relevante Verknüpfung von einigem Gewicht gefordert.⁸⁵ Verlangt wird, dass die Verbindung zu dem Recht gerade für das konkrete Geschäft Relevanz und ein entscheidendes Gewicht hat.⁸⁶ Eine Fabrikation eines Auslandssachverhaltes durch bloße Vereinbarung einer relevanten Internationalität und Auslandsberührung ist den Parteien demnach verwehrt.⁸⁷ Nicht ausreichend für einen Auslandsbezug sind allein die Rechtswahl oder die Vereinbarung eines ausländischen Forums, wenn außer diesen der Vertrag keinen (kollisionsrechtlich bedeutsamen) Bezug zum Ausland aufweist.⁸⁸ Die Rechtswahl ist, wie jede

verhalt anzunehmen in: BGH, Beschl. v. 14.4.2005 – IX ZB 175/03, Rn. 18 (juris) = NJW-RR 2005, 929–931; siehe so auch *Michaels*, in: LA Schurig 2012, 191, 202 m. w. N.

⁸¹ Vgl. so auch: *Michaels*, in: LA Schurig 2012, 191, 202 f.

⁸² MüKo / *Martiny*, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 21 verneint eine große praktische Bedeutung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO mit der Begründung, dass bislang zwar eine Auslandsberührung verlangt wurde, aber kein strenger Maßstab angelegt wurde.

⁸³ Ferrari / *Ferrari*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 50.

⁸⁴ Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 138 m. w. N.

⁸⁵ v. Bar / *Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 205 f.; Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 138; *Michaels*, in: LA Schurig 2012, 191, 201.

⁸⁶ BGH, Beschl. v. 14.4.2005 – IX ZB 175/03, Rn. 18 (juris) = NJW-RR 2005, 929–931. Der BGH verlangt in dieser Entscheidung für einen Bezug zu einer anderen (hier: israelischen) Rechtsordnung ein „entscheidendes Gewicht“ des Bezuges und verneint ein solches im zitierten Fall. Siehe auch: *Michaels*, in: LA Schurig 2012, 191, 201; MüKo / *Martiny*, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 90; Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 138.

⁸⁷ v. Bar / *Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 205.

⁸⁸ Vgl. Erwägungsgrund (15) der Rom I-VO; v. Bar / *Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 205; *Weller / Benz / Thomale*, ZEuP 2017, 250, 278; MüKo / *Martiny*, Int. PrivatR II,

andere Vertragsklausel, nichts anderes als ein einfacher Vertragsbestandteil und kann nicht die Anwendbarkeit der nationalen nicht abdingbaren Regelungen beeinflussen, die aufgrund objektiver Gesichtspunkte anwendbar sind.⁸⁹ Gleichfalls genügen weder die Vereinbarung eines ausländischen Gerichtsstandes, eines Schiedsgerichts im Ausland oder eines abstrakten Erfüllungsortes im Ausland, der mit dem eigentlichen Leistungsaustausch keine Berührung aufweist, um einen internationalen Sachverhalt zu kreieren.⁹⁰

Ein ausreichender Auslandsbezug und somit ein internationaler Sachverhalt besteht hingegen, wenn der Sachverhalt aufgrund der zur Bestimmung des objektiven Vertragsstatuts heranzuziehenden Anknüpfungsmerkmale Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist.⁹¹ Es genügt bereits ein ausländisches Element, das für eine objektive Rechtswahlanknüpfung maßgeblich wäre, wie beispielsweise der Wohnort oder der Verwaltungssitz einer der Parteien, um aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift herauszufallen.⁹² Daher kann die Hürde in manchen Branchen oder Regionen, in denen ein internationales Element des Vertrages gewöhnlich ist, recht niedrig gelegt sein. Der Auslandsbezug kann durch räumliche Kriterien wie das des gewöhnlichen Aufenthalts beziehungsweise der Niederlassung einer Partei im Ausland oder eines im Ausland belegenen Erfüllungsortes geprägt werden.⁹³ Der BGH ließ diesbezüglich einen Sitz beziehungsweise einen gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien in verschiedenen Staaten und Leistungserbringung zwischen diesen Staaten für ein Auslandselement genügen,⁹⁴ wie auch den Abschlussort und Belegenheitsort des Vertragsgegenstandes in einem Staat, Sitz und gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien in anderen Staaten.⁹⁵ Beim

7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 84; Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 137; *Stürner*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 25.

⁸⁹ *Ragno*, in: Ferrari, Rome I Regulation, 2015, Art. 3, Rn. 54.

⁹⁰ Siehe so: *v. Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 205; zum Nichtausreichen der Wahl eines ausländischen Gerichtsstandes ebenfalls: Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 137. Im Zusammenhang zur EuBagatellVO Nr. 861/2007 hatte der EuGH, 22.11.2018 – Rs. C-627/17, zudem festgestellt, dass es für ein grenzüberschreitendes Element auch nicht ausreicht, ein im Ausland ansässiges Tochterunternehmen als Streithelfer hinzuzuziehen. Siehe Anmerkung i.E. zustimmend zum EuGH hierzu: *Eichel*, IPRax 2020, 7 ff.

⁹¹ Ferrari / *Ferrari*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 51; Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 138; *Thorn / Thon*, in: FS Kronke 2020, 569, 571 f.

⁹² *Ragno*, in: Ferrari, Rome I Regulation, 2015, Art. 3, Rn. 53.

⁹³ *MüKo / Martiny*, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 90; Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 138 m.w.N.

⁹⁴ Noch zu Art. 27 Abs. 3 EGBGB a.F.: BGH, Urt. v. 26.10.1993 – XI ZR 42/93, Rn. 15 = BGHZ 123, 380, 384.

⁹⁵ Ebenfalls zu Art. 27 Abs. 3 EGBGB a.F.: BGH, Urt. v. 19.3.1997 – VIII ZR 316/96, Rn. 25 = BGHZ 135, 124, 130.

Erfüllungsort muss es sich, so lange noch nicht erfüllt ist, um den rechtlichen, ab Erfüllung um den tatsächlichen Erfüllungsort handeln.⁹⁶ Die Vereinbarung eines abstrakten Erfüllungsortes ohne realen Hintergrund genügt nicht.⁹⁷ Für einen hinreichenden Auslandsbezug solle bereits ausreichen, wenn der Erfüllungsort bloß einer geschuldeten Leistung im Ausland liegt.⁹⁸ Ebenso genügt es bereits, wenn der Vertrag mit einem anderen internationalen Vertrag eng verknüpft ist,⁹⁹ wobei hierfür ein enger rechtlicher Zusammenhang und nicht bloß ein wirtschaftlicher Zusammenhang betont wird.¹⁰⁰ Zwei jüngere Entscheidungen englischer Gerichte ließen gleichfalls sowohl die Verwendung des international weit verbreiteten ISDA Master Agreements¹⁰¹ als auch den Abschluss sog. *back-to-back swaps* mit ausländischen Banken bereits isoliert betrachtet ausreichen, um einen hinreichenden Auslandsbezug i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO herzustellen.¹⁰²

Darüber hinaus ist nach Ansicht *Ferraris* sogar ein Auslandsbezug bereits gegeben, wenn der Vertrag international im Sinne einer den entsprechenden Vertragstyp regelnden Einheitsrechtskonvention ist.¹⁰³ Demnach sei beispielsweise ein Factoringvertrag international, der zwischen einem Factor und Zedent geschlossen ist, die im selben Staat niedergelassen sind, sofern der Schuldner in einem anderen Staat niedergelassen ist, da das Factoring-übereinkommen von 1988 die Internationalität auf der bloßen Grundlage der Internationalität der Forderungen annimmt.¹⁰⁴ Dies erfährt auch Zustimmung in der Literatur, da, wenn ein Vertrag nach den Anwendungsvorschriften einer internationalen Konvention als international qualifiziert würde, dies nicht mehr als Binnenfall i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO qualifiziert werden

⁹⁶ Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 138.

⁹⁷ Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 138.

⁹⁸ Ferrari / Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 52.

⁹⁹ Ragno, in: Ferrari, Rome I Regulation, 2015, Art. 3, Rn. 53; MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 90; Ferrari / Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 55.

¹⁰⁰ Ferrari / Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 55.

¹⁰¹ Rahmenvertrag, der von der *International Swaps and Derivatives Association* herausgegeben wird.

¹⁰² Thorn / Thon, in: FS Kronke 2020, 569, 570 mit Verweis auf *Dexia Crediop SPA v Commune Di Prato* [2017] EWCA Civ 428 und *Banco Santander Totta SA v Transport Companies* [2016] EWCA Civ 1267. Dies äußern gleichfalls Kritik daran, dass eine Verwendung internationaler Standardverträge bereits ausreichen solle um die Hürde des reinen Inlandssachverhaltes des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO überwinden zu können (a. a. O. S. 573 f.).

¹⁰³ Ferrari / Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 53.

¹⁰⁴ Ferrari / Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 53.

könne.¹⁰⁵ Daneben ist umstritten, ob ein ausländischer Abschlussort allein ausreicht, um ein Auslandselement zu kreieren.¹⁰⁶ Die herrschende Lehre¹⁰⁷ und ein Teil der Rechtsprechung¹⁰⁸ lassen dies genügen mit der Begründung, dass der Abschlussort auch in anderen Zusammenhängen in der Rom I-VO, wie Art. 11 Abs. 1 Var. 2 Rom I-VO, eine Rolle spielt.¹⁰⁹ Der EuGH hat sich hierzu bislang nicht geäußert. Hinsichtlich der Umstände, die auf einen Auslandsbezug i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO schließen lassen, lässt sich an dieser Stelle jedenfalls festhalten, dass ein internationaler Vertrag anhand verschiedenster Kriterien angenommen werden kann, mit der Grenze, dass das bloße abstrakte Vereinbaren eines internationalen Elementes allein nicht ausreicht für einen Auslandsbezug.

Als in der Regel nicht ausreichend für ein ausländisches Element i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO werden hingegen allein verschiedene Staatsangehörigkeiten der Parteien angenommen.¹¹⁰ Der BGH bejahte beispielsweise im Jahr 2005 einen ausreichenden Bezug zur deutschen Rechtsordnung (und dessen zwingenden Bestimmungen) trotz Rechtswahl des israelischen Rechts in einem Anwaltsvertrag für ein in Deutschland durchgeführtes Strafverfahren. Der BGH ließ den Wohnsitz beider Parteien in Deutschland, den gewöhnlichen Aufenthalt einer Partei in Deutschland und den Abschluss des Anwaltsvertrages und der Honorarvereinbarung in Deutschland sowie den Großteil der zu erbringenden anwaltlichen Leistung für einen Bezug zur deutschen Rechtsordnung i.S.d. Art. 27 Abs. 3 EGBGB a.F. (heute Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO) genügen.¹¹¹ Die israelische Staatsangehörigkeit allein besaß im zitierten Fall kein

¹⁰⁵ Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 138.

¹⁰⁶ Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 139 m. w. N.

¹⁰⁷ v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 206; MüKo / *Martiny*, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 90; Ferrari / *Ferrari*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 52; Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 139 m. w. N.

¹⁰⁸ BGH, Urt. v. 19.3.1997 – VIII ZR 316/96, Rn. 32 ff. = BGHZ 135, 124–140; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 1.6.1989 – 6 U 76/88, Rn. 23.

¹⁰⁹ v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 206; Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 139.

¹¹⁰ *Ragno*, in: Ferrari, Rome I Regulation, 2015, Art. 3, Rn. 53; Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 140; MüKo / *Martiny*, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 90 (unter Hinweis darauf, dass, obgleich die Staatsangehörigkeit im Schuldvertragsrecht kein Anknüpfungspunkt mehr ist, sie unter Umständen eine ausreichende Verbindung herstellen kann); Ferrari / *Ferrari*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 54; vgl. in BGH, Beschl. v. 14.4.2005 – IX ZB 175/03, Rn. 18 (juris) = NJW-RR 2005, 929–931 wurde die Staatsangehörigkeit (dort: besaßen beide Parteien die israelische Staatsangehörigkeit) ebenfalls für ein Merkmal mit nicht ausreichendem Gewicht bewertet.

¹¹¹ BGH, Beschl. v. 14.4.2005 – IX ZB 175/03, Rn. 18 (juris) = NJW-RR 2005, 929–931.

ausreichendes Gewicht, dass entscheidend genug für das Rechtsverhältnis war, um die Wirkung des Art. 27 Abs. 3 EGBGB (heute Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO) und der damit einhergehenden Wirkung der zwingenden Bestimmungen des deutschen Rechts abzuhalten. Gleichfalls ist für einen Auslandsbezug nicht ausreichend, wenn allein eine ausländische Währung vereinbart wird.¹¹² Somit bestehen verschiedene, eng gefasste Umstände, die für die Annahme eines Auslandselementes als nicht ausreichend erachtet werden. Weitere Konkretisierungen des im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO erforderlichen Auslandselementes durch den EuGH sind bislang nicht ersichtlich.

Im Gesamtblick ergibt sich bezüglich der Anforderungen an einen Auslandsbezug i. S. d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO folgendes Bild: Internationale Verträge können anhand verschiedenster Umstände angenommen werden, nur wenige Faktoren werden als nicht ausreichendes Auslandselement angesehen. Das bloße abstrakte Vereinbaren eines internationalen Elementes allein genügt nicht, um einen Auslandsbezug zu kreieren. Demzufolge bestehen diverse Möglichkeiten, einen grenzüberschreitenden Vertrag anzunehmen, die wiederum den Wirkungsbereich der Beschränkung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO in der Praxis verringern. Die Hürde des reinen Inlandssachverhaltes kann von unternehmerischen Vertragsparteien mit nicht allzu großem Aufwand überwunden werden, wenn sie es darauf anlegen, einen Vertrag mit einem internationalen Element zu gestalten. Obgleich die §§ 305 ff. BGB einfach zwingende Vorschriften des deutschen Rechts i. S. d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO sind, vor denen in reinen Inlandssachverhalten nicht ausgewichen werden kann, kommt deren beschränkender Wirkung mithin nur insoweit Praxisrelevanz zu, als die Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO eingreift. Wenngleich diese Hürde als relativ niedrig angesehen wird, ist zu berücksichtigen, dass der BGH in dem erwähnten Fall aus 2005 eher zurückhaltend gegenüber der Annahme eines internationalen Elementes war und trotz israelischer Staatsangehörigkeit und Rechtswahl des israelischen Rechts einen reinen deutschen Inlandssachverhalt angenommen hatte. Dies stärkt die Bedeutung der Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO. Der Entscheidung zufolge könnte die Hürde für ein internationales Element doch höher sein, als allein der Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO („alle anderen Elemente“) zunächst suggeriert. Die Auswirkung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO mag in der Praxis mithin aufgrund der verschiedenen Optionen einen internationalen Sachverhalt zu kreieren und der heutzutage international stark vernetzten Märkte weniger praxisrelevant sein, als zunächst aufgrund der Existenz der Vorschrift angenommen werden könnte. Der beschränkenden Wirkung der Norm verbleibt jedoch eine Bedeutung, die insbesondere für Verträge kleinerer Unternehmen besteht, deren Großteil an Verträgen typischerweise in Form reiner Inlandssachverhalte abgeschlossen wird.

¹¹² v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 205.

b) Grenze des Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO (Binnenmarktklausel)

Zudem ermöglicht Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO (sog. Binnenmarktklausel) eine Beschränkung der Rechtswahl und damit der Parteiautonomie zugunsten nicht abdingbaren Unionsrechts bei reinen EU-Binnenmarktsachverhalten.¹¹³ Das zwingende Unionsrecht soll dabei nicht die hohe Anforderung eines *ordre public* haben, sondern meint, wie auch der Wortlaut der Norm mit „von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann“ suggeriert, das internrechtlich zwingende, das heißt das materiellrechtlich nicht zur Disposition stehende Recht.¹¹⁴ Die Vorschrift verhindert eine Umgehung der zwingenden Bestimmungen des EU-Gemeinschaftsrechts durch die Wahl des Rechts eines Drittstaates in Sachverhalten, die einzig Beziehungen zu EU-Mitgliedstaaten haben.¹¹⁵ Der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO ist dabei nicht auf den Verbraucherschutz beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf den unternehmerischen Rechtsverkehr.¹¹⁶ Voraussetzung für die Anwendung der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ist kumulativ, dass die Parteien das Recht eines Drittstaates vereinbart haben und gleichzeitig alle Elemente zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Binnenmarkt¹¹⁷ belegen sind.¹¹⁸ Anwendungsfall der Binnenmarktklausel könnte beispielsweise ein Vertrag mit Rechtswahl zugunsten des Schweizer Rechts sein, der einzig

¹¹³ Palandt / Thorn, 80. Aufl. 2021, Rom I 3 (IPR), Rn. 5; v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 210; Ragno, in: Ferrari, Rome I Regulation, 2015, Art. 3, Rn. 8; Ferrari / Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 2; MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 95; Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 149; Ringe, in: Herberger / Martinek / Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 48 f.

¹¹⁴ v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 214.

¹¹⁵ Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 149; Ragno, in: Ferrari, Rome I Regulation, 2015, Art. 3, Rn. 8; Ferrari / Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 2; Palandt / Thorn, 80. Aufl. 2021, Rom I 3 (IPR), Rn. 5; Fentiman, International commercial litigation (2015), Rn. 3.45.

¹¹⁶ v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 217.

¹¹⁷ Dänemark ist in diesem Zusammenhang kein Drittstaat, wie Art. 1 Abs. 4 Rom I-VO bestimmt, da die Binnenmarktklausel die Durchsetzung von auch in Dänemark geltendem Gemeinschaftsrecht bezwecken soll. Somit ist bei Verträgen mit Bezug zu Dänemark, der Anwendungsbereich der Binnenmarktklausel nicht eröffnet – hingegen greift bei Staaten des EWR die Binnenmarktklausel. Vgl. v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 216; Ferrari / Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 61; Ringe, in: Herberger / Martinek / Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 50 Fn. 79; MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 95 i. V. m. Art. 1 Rom I-VO Rn. 82; Ragno, in: Ferrari, Rome I Regulation, 2015, Art. 3, Rn. 58.

¹¹⁸ Ferrari / Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 61 f.; MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 95; v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 210.

Bezug zu zwei EU-Mitgliedstaaten aufweist.¹¹⁹ Eine höhere praktische Bedeutung könnte Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO infolge des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der EU bekommen, da seitdem in Sachverhalten mit Rechtswahlklausel zugunsten des englischen Rechts (oder einer sonstigen Teilrechtsordnung des Vereinigten Königreichs) aber ohne sonstigen Bezug (außer der Rechtswahl) zu einem Staat, der nicht EU-Mitgliedstaat ist, der Anwendungsbereich der Binnenmarktklausel eröffnet ist.¹²⁰ Seit dem Vollzug des Brexits ist das Vereinigte Königreich ein Drittstaat für die Zwecke des Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO.¹²¹

Um einer Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB eine Grenze über die Binnenmarktklausel des Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO zu setzen, müssten die Normen der deutschen AGB-Kontrolle nicht abdingbares Unionsrecht sein und ein reiner Binnenmarktfall vorliegen. Die §§ 305 ff. BGB sind jedoch kein nicht abdingbares Unionsrecht. Daneben bestehen bislang auch keine gemeinschaftsrechtlichen AGB-Vorschriften für den vertraglichen Geschäftsverkehr im B2B-Bereich, die eine Rechtsflucht über Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO beschränken könnten. Im B2B-Verkehr sind unionsrechtlich zwingende Vorschriften bislang sehr selten – mit derzeitiger prominenter Ausnahme der Handelsvertreterrichtlinie¹²².¹²³ Mangels der Qualifikation der §§ 305 ff. BGB als nicht abdingbares Unionsrecht setzt Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO einer Rechtsflucht vor der deutschen AGB-Kontrolle in B2B-Verträgen somit keine kollisionsrechtlichen Grenzen.

c) Fazit

Zusammenfassend zeigt die Analyse der Grenzen des einfach zwingenden Rechts vor Gerichten der EU-Mitgliedstaaten, dass eine Flucht vor den §§ 305 ff. BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr durch ausländische Rechtswahl grundsätzlich möglich ist. Einzig setzt Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO bei reinen Inlandssachverhalten eine kollisionsrechtliche Grenze: Die §§ 305 ff. BGB finden im Anwendungsbereich der Rom I-VO in solchen Konstellationen eines reinen Inlandssachverhaltes trotz Auslandsrechtswahl

¹¹⁹ Siehe auch: v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 213.

¹²⁰ Mangels einer Spezialregelung für das IPR und IZVR im Austrittsabkommen vom 31.12.2020 zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU ist das Vereinigte Königreich seit dem Ende der Brexit-Übergangsphase ein Drittstaat i.S.d. Rom I-VO. Dies gilt unabhängig davon, dass das Vereinigte Königreich die Vorschriften der Rom I-VO größtenteils ins nationale Recht implementiert hat. Zum zukünftigen Eingreifen der Binnenmarktklausel bei englischer Rechtswahl in Verträgen s.a. Weller / Thomale / Zwirlein, ZEuP 2018, 892, 908.

¹²¹ v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 216.

¹²² Richtlinie des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter (86/653/EWG).

¹²³ v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 217.

neben dem gewählten ausländischen Recht Anwendung. Die bestehenden Überlegungen in der Literatur, Art. 3 Abs. 3, Abs. 4 Rom I-VO dahingehend abzuändern, dass es unternehmerischen Parteien möglich sein solle, das Recht eines Drittstaates oder eines ausländischen Staates in einem rein nationalen Fall wählen zu können, ohne dass zwingendes Recht über die Norm eingreifen würden,¹²⁴ würden die derzeit bestehende Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, die eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB im B2B-Verkehr in reinen deutschen Inlands Sachverhalten vor Gerichten der EU-Mitgliedstaaten verhindert, beseitigen.

3. Grenzen der international zwingenden Eingriffsnormen, Art. 9 Rom I-VO

Eine weitere Schranke für die Rechtswahl im Anwendungsbereich der Rom I-VO, die einer Rechtsflucht eine Grenze setzen kann, sind international zwingende Normen, sog. Eingriffsnormen¹²⁵, i.S.d. Art. 9 Rom I-VO. Durch diese werden bestimmte Rechtsfragen im Wege der Sonderanknüpfung einem anderen Recht als dem durch Rechtswahl bestimmten Recht unterworfen.¹²⁶ Der Begriff der Eingriffsnorm wird in Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO definiert. Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO bewirkt die Durchsetzung international zwingenden Inlandsrechts des Forumstaates gegen ein ausländisches Vertragsstatut und setzt somit Eingriffsnormen des Rechts des angerufenen Gerichts gegen das gewählte oder objektiv angeknüpfte Vertragsstatut durch.¹²⁷ Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO verleiht den Eingriffsnormen des Staates, in dem die durch Vertrag begründete Verpflichtungen erfüllt werden sollen oder zu erfüllen sind, Wirkung, soweit diese Eingriffsnormen die Vertragserfüllung unrechtmäßig werden lassen und verleiht dadurch den Eingriffsnormen des Erfüllungsortrechts Wirkung.¹²⁸ Wenn den Normen der deutschen AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr ein Durchgriff über Art. 9 Rom I-VO zugeschrieben werden sollte, dann müssten sie Eingriffsnormen i.S.d. Vorschrift sein. Dies

¹²⁴ Siehe so: *Rühl*, „Building Competence in Commercial Law in the Member States“, Study for the JURI Committee (Sept. 2018), S. 8, 44, 48.

¹²⁵ Auch: *loi d'application immédiate/loi de police/ordre public positif*. Zum Begriff des „positiven“ *ordre public* in Abgrenzung zum „negativen“ *ordre public* siehe ausführlich in: *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, S. 516 ff.

¹²⁶ *v. Bar/Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 924; *Czernich*, RIW 2016, 701, 701.

¹²⁷ *MüKo/Martiny*, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 104; *v. Bar/Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 924; *Freitag*, in: *Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 5.56; *Palandt/Thorn*, 80. Aufl. 2021, Rom I 9 (IPR), Rn. 6; *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 1320; *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 4.10.

¹²⁸ *v. Bar/Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 924; *MüKo/Martiny*, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 112; *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 1328.

würde der deutschen AGB-Kontrolle einen sehr weitreichenden Durchgriff gewähren, ist im Ergebnis jedoch für den B2B-Verkehr zu verneinen.

Eingriffsnormen müssen einerseits Normen mit internationalem Geltungsanspruch sein, die unabhängig vom Vertragsstatut angewandt werden wollen und andererseits müssen sie eine überindividuelle Zielrichtung aufweisen, die entscheidend für die Wahrung des öffentlichen Interesses, insbesondere der politischen, sozialen und wirtschaftlichen Organisation des Staates sind.¹²⁹ Gleichgültig ist, ob die Eingriffsnorm dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.¹³⁰ Eingriffsnormen sind Normen, die überwiegend öffentliche Interessen beziehungsweise Gemeininteressen verfolgen.¹³¹ Im Gegensatz dazu sind Normen, die ausschließlich oder vorwiegend dem Ausgleich der Parteiinteressen dienen, von Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO nicht erfasst.¹³² Werden Individualinteressen lediglich mitgeschützt (wie bspw. bei Verbraucherschutznormen oder im Arbeitsrecht), ist dies unschädlich und die Normen können trotzdem Eingriffsnormen darstellen.¹³³ Als Ausnahmeregelung ist Art. 9 Rom I-VO eng auszulegen,¹³⁴ was auch der Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO dadurch verdeutlicht, dass die Einhaltung einer Eingriffsnorm als „entscheidend“ angesehen werden muss und nicht nur als „bedeutungsvoll“. ¹³⁵ Gleichfalls legt Erwägungsgrund (37) diese enge Auslegung nahe, indem dieser bestimmt, dass der Begriff „Eingriffsnorm“ im Kontrast zu „Bestimmungen, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann“ enger auszulegen ist.¹³⁶ Wann eine Eingriffsnorm internationale Geltung gegen ein anderes Vertragsstatut beansprucht, ist im Einzelfall nach Sinn und Zweck der Norm zu bestimmen.¹³⁷

¹²⁹ Palandt / Thorn, 80. Aufl. 2021, Rom I 9 (IPR), Rn. 5; v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 933; Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 54 ff. (zum internationalen Geltungswillen) und 57 ff. (zu staatspolitischen Zwecken).

¹³⁰ Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 50.

¹³¹ Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 59; MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 13; Brödermann, in: Brödermann / Rosengarten, IPR/IZVR, 8. Aufl. 2019, Rn. 243; BeckOK BGB / Spickhoff, 57. Ed. 1.11.2020, VO (EG) 593/2008 Art. 9 Rn. 14.

¹³² Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 59; MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 13; Rauscher, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 1321.

¹³³ Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 59; Rauscher, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 1321.

¹³⁴ MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 1.

¹³⁵ Czernich, RIW 2016, 701, 702.

¹³⁶ MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 12.

¹³⁷ Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 69; MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 18; Rauscher, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 1323.

Beispielsweise wirken sich kartellrechtliche und wettbewerbsrechtliche Bestimmungen nur reflexartig zugunsten bestimmter Personen aus und schützen vielmehr primär das Funktionieren eines wettbewerbsorientierten Wirtschaftssystems, womit sie unter Art. 9 Abs. 1, 2 Rom I-VO fallen.¹³⁸ Jedoch wird nicht jede Norm, die eine Rolle in einem bestimmten juristischen oder ökonomischen Regelungskonzept spielt, dadurch automatisch zur Eingriffsnorm.¹³⁹ Erfolgt die Marktsteuerung nur indirekt, indem primär ein gerechter und effizienter Ausgleich zwischen den Interessen der beteiligten Privaten erfolgt, kreierte dies nicht direkt ein Eingriffsrecht.¹⁴⁰ Die Vorschriften des § 242 BGB und § 138 BGB gehören beispielsweise trotz ihrer hohen Bedeutung für den Privatrechtsverkehr nicht zu den international zwingenden Regeln des deutschen Rechts i.S.d. Art. 9 Rom I-VO.¹⁴¹ Treu und Glauben und der Schutz vor sittenwidrigen Rechtsgeschäften betreffen nur das Privatrecht, selbst wenn gleichzeitig ein allgemeines öffentliches Interesse an der Herstellung gerechter Privatrechtsbeziehungen besteht.¹⁴² Anders hingegen wird dem Handelsvertreterausgleich des § 89b HGB als international zwingende Eingriffsnorm Geltung zugesprochen.¹⁴³ Bei den durch Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO durchgesetzten Normen kann es sich aufgrund der Tiefe des Eingriffs in Sachverhalte, die weder am engsten noch ausschließlich mit dem Recht des Staates der Eingriffsnormen verbunden sind (wie hingegen bei Art. 3 Abs. 3, 4 Rom I-VO), nicht um lediglich nicht-dispositive Normen handeln.¹⁴⁴ Es ist daher angezeigt, international zwingendes Inlandsrecht nur bei einer hinreichenden Verbindung des Falles zum Inland anzuwenden.¹⁴⁵ Eingriffsnormen i.S.d. Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO sind nur solche Normen am Erfüllungsort, die die zivilrechtliche Nichtigkeit oder Unwirksamkeit eines Vertrages anordnen

¹³⁸ *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 1322; v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 936.

¹³⁹ v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 941.

¹⁴⁰ v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 941.

¹⁴¹ *MüKo / Martiny*, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 60; *Staudinger / Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 147; *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 1322.

¹⁴² *MüKo / Martiny*, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 60; *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 1322.

¹⁴³ OLG München, Urt. v. 17.5.2006 – 7 U 1781/06 = BeckRS 2006, 07559 – in diesem Urteil verlieh das deutsche Gericht über den damals noch geltenden Art. 34 EGBGB dem § 89b HGB Geltung trotz der Wahl des kalifornischen Rechts, einer Schiedsklausel zugunsten der American Arbitration Association (AAA) in Kalifornien und einer Gerichtsstandsklausel zugunsten der kalifornischen Gerichte. § 89b HGB sei eine zwingende Eingriffsnorm i.S.d. Art. 34 EGBGB und eine Umsetzung der EG-Handelsvertreterrichtlinie und somit zwingendes europäisches Gemeinschaftsrecht. Ebenso Hinweis hierauf bei: *Horn*, SchiedsVZ 2008, 209, 217.

¹⁴⁴ *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 1320.

¹⁴⁵ *Staudinger / Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 82.

oder zumindest dessen Erfüllung untersagen und nicht lediglich in die Modalitäten der Vertragserfüllung eingreifen.¹⁴⁶ Sie kommen nur in sehr begrenzten Ausnahmefällen in Betracht.¹⁴⁷

Bezüglich der §§ 305–310 BGB wird überwiegend vertreten, dass der deutsche Gesetzgeber diesen Normen außerhalb des Verbrauchergeschäfts keine international zwingende Bedeutung beigemessen hat.¹⁴⁸ Die Vorschriften zur AGB-Kontrolle, §§ 305 ff. BGB, können lediglich über die Verbraucherschützenden Normen der Art. 6 Rom I-VO oder Art. 46b EGBGB zu beachten sein.¹⁴⁹ Angesichts der engen Auslegung einer Eingriffsnorm i. S. d. Art. 9 Rom I-VO ist es überzeugend die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB nicht als solche zu qualifizieren. Wenn bereits § 242 BGB und § 138 BGB keine Eingriffsnormen sind, da sie überwiegend private Interessen schützen, dann können die Normen der AGB-Kontrolle, die Ausprägungen dieser Prinzipien des Treu und Glaubens und der Sittenwidrigkeitskontrolle sind, ebenfalls keine kollisionsrechtlichen Eingriffsnormen darstellen. Die Bestimmungen zur Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle von AGB in unternehmerischen Verträgen sind Normen, die überwiegend dem Individualinteresse der Parteien dienen und nicht vorrangig öffentliche Interessen verfolgen. Mithin sind die §§ 305–310 BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr keine Eingriffsnormen i. S. d. Art. 9 Rom I-VO und setzen einer Rechtsflucht im B2B-Verkehr über die Schranke des Art. 9 Rom I-VO keine Grenzen.

4. Grenzen des *ordre public*, Art. 21 Rom I-VO

Eine weitere mögliche kollisionsrechtliche Beschränkung für die Rechtswahl kann der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 21 Rom I-VO sein. Jedoch beschränkt auch diese Grenze eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB nicht. Der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 21 Rom I-VO dient der Abwehr ausländischen Rechts, wenn die Anwendung des ausländischen Rechts mit der öffentlichen Ordnung (*ordre public*), das heißt grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen des Staates des angerufenen Gerichts, offensichtlich unverein-

¹⁴⁶ Czernich, RIW 2016, 701, 705.

¹⁴⁷ Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 92.

¹⁴⁸ Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 151; MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 89; Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1169; Hau, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, IntGV Rn. 33 m. w. N.; sowie BGH, Urt. v. 9.7.2009 – Xa ZR 19/08, Rn. 32 = BGH NJW 2009, 3371, 3373; zur alten Rechtslage bezüglich der Vorschrift des § 9 AGBG (heute § 307 Abs. 1, 2 BGB): Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 296 m. w. N.

¹⁴⁹ Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 151.

bar ist.¹⁵⁰ Erwägungsgrund (37) bestimmt, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten nur unter außergewöhnlichen Umständen die Vorbehaltsklausel (*ordre public*) und Eingriffsnormen anwenden können. Art. 21 Rom I-VO greift folglich nur dann ein, wenn die Anwendung der ausländischen Vorschrift mit dem inländischen *ordre public* „offensichtlich“ unvereinbar ist.¹⁵¹ Es muss sich daher um einen schweren Verstoß gegen inländische Wertvorstellungen handeln.¹⁵² Die Anwendungskonstellation für ein Eingreifen des Art. 21 Rom I-VO wäre vor anderen als den deutschen Gerichten innerhalb der EU und einer Rechtswahl des deutschen Rechts im Handelsvertrag. Dass eine Anwendung der §§ 305 ff. BGB ein offensichtlicher Verstoß gegen die Wertvorstellungen der Rechtsordnung des Forumsstaates sein soll, ist aufgrund des engen Anwendungsbereichs und der hohen Anforderungen der „außergewöhnlichen Umstände“ unwahrscheinlich. Eine Abwahl des deutschen AGB-Rechts wird somit nicht durch Art. 21 Rom I-VO begrenzt.

5. Wahl des CISG

Außerdem wäre eine Rechtswahl des CISG¹⁵³ durch die Parteien denkbar, in der Hoffnung vor einer Anwendung der deutschen AGB-Kontrolle im B2B-Verkehr flüchten zu können. Das CISG wurde als einheitliches Sachrecht gerade für den internationalen Wirtschaftsverkehr geschaffen. Dessen Wahl als auf den Vertrag anwendbares Recht erfolgt in der Praxis zwar teilweise, tritt jedoch angesichts seiner Intention eher selten ein.¹⁵⁴ Nachteil des CISG

¹⁵⁰ MüKo / *Martiny*, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 1; BeckOK BGB / *Spickhoff*, 57. Ed., Stand: 1.11.2020, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 1; Ferrari / *Schulze*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 1.

¹⁵¹ MüKo / *Martiny*, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 6; v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 1003.

¹⁵² MüKo / *Martiny*, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 21 Rom I-VO, Rn. 6; v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 1006.

¹⁵³ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods / Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (BGBl. 1989 II S. 586, ber. 1990 S. 1699).

¹⁵⁴ Die Oxford Civil Justice Survey (2008) befragte Unternehmen nach ihrer Wahl in grenzüberschreitenden Warenverkäufen mit Blick auf das CISG („When conducting cross-border sales of goods, what is your choice with respect to the Vienna Convention on the international sale of goods (‘CISG’)?”). Die empirischen Daten der Studie zeigen, dass 46 % der Unternehmen „in einem Mitgliedstaat des CISG ansässig sind und in der Regel aus dem CISG herausoptieren“ und weitere 19 % „in einem Mitgliedstaat des CISG ansässig sind und gelegentlich herausoptieren“. Nur 10 % der Unternehmen, die in einem Mitgliedstaat des CISG ansässig sind, optieren nie heraus. Daneben optieren zusammengenommen nur 2 % der Unternehmen, die nicht in einem Mitgliedstaat des CISG ansässig sind, gelegentlich oder in der Regel in das CISG hinein. Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 27, S. 24; zur Abbedingung des CISG in der Praxis: *Mankowski*, in: FS

ist, dass Parteien und auch Gerichte unerprobt mit dem Übereinkommen sind und es diesen unbekannter als ihr nationales Recht ist.¹⁵⁵ Außerdem wurde teilweise eine übertriebene Käuferfreundlichkeit des CISG im Vergleich zum deutschen Kaufrecht gerügt.¹⁵⁶ Da die Regelungen des CISG jedoch weitgehend dispositiv sind, ist es vielmehr ausgewogen, wenn nicht sogar in der Tendenz eher verkäufergünstiger als das autonome deutsche Recht, dessen Regelungen teilweise nicht abdingbar sind.¹⁵⁷ Als Vorteile der Anwendung des CISG werden dessen Wahl als „neutrales Recht“, da es keine der Heimatrechtsordnungen der Vertragsparteien darstellt, die Flexibilität des CISG, eine praktikable Kombination der Wahl des CISG mit einer Schiedsabrede sowie geringe Rechtsermittlungskosten aufgrund guter Dokumentation des CISG hervorgehoben.¹⁵⁸ Beabsichtigen die unternehmerischen Vertragsparteien die Anwendbarkeit des CISG auszuschließen, ist zu beachten, dass die Anwendung des CISG nur durch eine Rechtswahl ausgeschlossen ist, die ausdrücklich die Regelungen des CISG bei der Wahl des deutschen Rechts ausnimmt.¹⁵⁹

Der Versuch einer Rechtsflucht vor der deutschen AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr durch die Wahl des CISG als auf den Vertrag anwendbares Recht ist nur eingeschränkt erfolgreich. Die Kontrolle von AGB wird nicht eigenständig durch das CISG geregelt. Das Übereinkommen bestimmt die Frage der Einbeziehung von AGB,¹⁶⁰ sieht jedoch keine Bestimmungen zur Inhaltskontrolle von AGB vor.¹⁶¹ Die Inhaltskontrolle von AGB

Magnus 2014, 255, 257–261; zur Nutzung des CISG in der Praxis und den wachsenden Fallzahlen zum CISG vor deutschen Gerichten: *Magnus*, ZEuP 2017, 140, 141.

¹⁵⁵ Zu diesem Faktor bzw. Nachteil der Unvertrautheit des CISG siehe ausführlich bei: *Mankowski*, in: FS Magnus 2014, 255, 257–261.

¹⁵⁶ Hinweis auf diese Rüge, einhergehend mit Kritik an derselben: *Mankowski*, in: FS Magnus 2014, 255, 264; *Brödermann*, in: Brödermann / Rosengarten, IPR/IZVR, 8. Aufl. 2019, Rn. 286.

¹⁵⁷ *Brödermann*, in: Brödermann / Rosengarten, IPR/IZVR, 8. Aufl. 2019, Rn. 286; *Mankowski*, in: FS Magnus 2014, 255, 264.

¹⁵⁸ Siehe ausführlich hierzu: *Mankowski*, in: FS Magnus 2014, 255, 265 ff.; s.a. *Piltz*, NJW 2012, 3061, 3061 ff.

¹⁵⁹ Eine vertragliche Rechtswahl mit den Worten „Für diesen Vertrag findet deutsches Recht Anwendung.“ schließt die Anwendbarkeit des CISG nicht aus, da das CISG geltendes deutsches Recht ist. Zur Handhabung der deutschen Rechtsprechung, dass die Wahl des deutschen Rechts im Zweifel die Wahl des CISG und nicht etwa dessen Ausschluss bedeutet, siehe vertiefend: *Magnus*, ZEuP 2017, 140, 151 m.w.N.

¹⁶⁰ Der Maßstab der Einbeziehung folgt aus den Art. 7 Abs. 1, Art. 8 CISG. Vgl. *Magnus*, ZEuP 2017, 140, 154.

¹⁶¹ *Ferrari*, in: Schlechtriem / Schwenger / Schroeter, 7. Aufl. 2019, CISG Art. 4 Rn. 20; *Djordjević* in: Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas CISG, 2. Aufl. 2018, CISG Art. 4 Rn. 24–25; *Staudinger / Magnus*, CISG (2018), Art. 4, Rn. 24 f.; *MüKo / Martiny*, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018 Art. 4 CISG, Rn. 60 und 64; *Magnus*, ZEuP 2017, 140, 154; *Ostendorf / Neumann / Ventsch*, IHR 2006, 21, 22 f.

ist als eine materielle Frage der Wirksamkeit des Vertrages gem. Art. 4 S. 2 lit. a CISG vom Anwendungsbereich des CISG ausgenommen.¹⁶² Maßgeblich für die Inhaltskontrolle ist das nationale Recht, das sich nach dem Kollisionsrecht des Forumstaates bestimmt.¹⁶³ Das CISG überlässt die AGB-Inhaltskontrolle demnach dem kollisionsrechtlich berufenen Vertragsrecht gem. Art. 4 S. 2 lit. a CISG und regelt autonom nur die Einbeziehung von AGB.¹⁶⁴ Der Kontrollmaßstab für die inhaltliche Bewertung der Klausel, beispielsweise des § 307 BGB, ist – trotz des grundsätzlich kollisionsrechtlich berufenen nationalen Rechts für die Fragen der Inhaltskontrolle – am Einheitsrecht des CISG und dem international Üblichen auszurichten.¹⁶⁵ Was AGB sind und welche Klauseln einer Kontrolle unterliegen, definiert wiederum das nationale Recht.¹⁶⁶ Auf diese Weise hat zur Qualifikation, ob AGB oder Individualvereinbarungen vorliegen ein Rückgriff auf nationales Recht zu erfolgen, der beispielsweise im deutschen Recht ein Rückgriff auf § 305 Abs. 1 S. 1 BGB bedeutet.¹⁶⁷ Die Rechtsfolge unwirksamer AGB, mithin die Frage nach einer gänzlichen oder teilweisen Unwirksamkeit, richtet sich daneben ebenfalls nach dem anwendbaren Landesrecht.¹⁶⁸ Somit wird bei einer Wahl des CISG in B2B-Verträgen neben dem anwendbaren Einheitsrecht ein weiteres materielles Recht für die vom CISG nicht geregelt Rechtsfragen herangezogen. Hinsichtlich der AGB-Kontrolle sind diese durch das CISG nicht geregelten Bereiche die Inhaltskontrolle von AGB samt der Rechtsfolge unwirksamer Klauseln und die Bestimmung, welche Klauseln der AGB-Kontrolle unterliegen. Für diese Aspekte wird das kollisionsrechtlich anwendbare nationale Recht herangezogen, welches sich vor Gerichten der EU-Mitgliedstaaten nach Maßgabe der Rom I-VO bestimmt.

¹⁶² MüKo / Huber, CISG, 8. Aufl. 2019, Art. 4, Rn. 33; MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018 Art. 4 CISG, Rn. 64.

¹⁶³ MüKo / Gruber, CISG, 8. Aufl. 2019, Art. 7, Rn. 35; MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018 Art. 4 CISG, Rn. 64; Staudinger / Magnus, CISG (2018), Einl. Zum CISG, Rn. 36.

¹⁶⁴ MüKoHGB/Mankowski, 4. Aufl. 2018, CISG Art. 4 Rn. 5 f.; Staudinger / Wendland, 2019, Vorbem zu §§ 307–309 BGB, Rn. 11; Ferrari, in: Schlechtriem / Schwenger / Schroeter, 7. Aufl. 2019, CISG Art. 4 Rn. 20.

¹⁶⁵ So nach herrschender Meinung (jedoch strittig). Siehe: Ferrari, in: Schlechtriem / Schwenger / Schroeter, 7. Aufl. 2019, CISG Art. 4 Rn. 20 (unter Nennung der verschiedenen Ansichten m.w.N.); MüKoHGB/Mankowski, 4. Aufl. 2018, CISG Art. 4 Rn. 6; Staudinger / Magnus, CISG (2018), Art. 4, Rn. 26; MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018 Art. 4 CISG, Rn. 64.

¹⁶⁶ MüKoHGB/Mankowski, 4. Aufl. 2018, CISG Art. 4 Rn. 6; Graf von Westphalen, ZIP 2019, 2281, 2284. Teilweise wird auch angenommen, dass § 305c Abs. 2 BGB neben dem CISG anwendbar ist, was jedoch umstritten ist. Siehe im Detail hierzu: MüKoHGB/Mankowski, 4. Aufl. 2018, CISG Art. 4 Rn. 7 m.w.N.

¹⁶⁷ Graf von Westphalen, ZIP 2019, 2281, 2284.

¹⁶⁸ Staudinger / Magnus, CISG (2018), Art. 4, Rn. 25.

Für eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB im B2B-Verkehr folgt daraus, dass an zwei Stellen der AGB-Kontrolle bei einer Rechtswahl des CISG nichtsdestotrotz auf das nationale deutsche AGB-Recht zurückgegriffen wird, wenn das deutsche Recht kollisionsrechtlich anwendbar wäre. Erstens kann trotz der Wahl des CISG der AGB-Inhaltskontrolle des deutschen Rechts mitsamt den Rechtsfolgen unwirksamer Klauseln nicht ausgewichen werden, soweit das deutsche Recht kollisionsrechtlich anwendbar wäre. Um vor den §§ 305 ff. BGB auszuweichen, ist somit eine subsidiäre Rechtswahl zugunsten einer anderen Rechtsordnung als der deutschen erforderlich. Zweitens kann bei der Wahl des CISG hinsichtlich der Qualifikation von AGB und der Abgrenzung zwischen AGB und Individualvereinbarungen auf nationales Recht zurückgegriffen werden. Wenn deutsches Recht das im Übrigen durch Kollisionsrecht berufene anwendbare materielle Recht eines Vertragsverhältnisses ist, wären diese Fragen trotz Wahl des CISG anhand des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB zu beurteilen. Eine Möglichkeit unternehmerischer Parteien vor der AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB dennoch vollumfänglich zu entfliehen, stellt eine zusätzliche subsidiäre Rechtswahl einer anderen nationalen Rechtsordnung als der deutschen neben der Wahl des CISG dar.¹⁶⁹ Eine Wahl des CISG mit subsidiärer Rechtswahl beispielsweise zugunsten des englischen Rechts wäre im Handelsverkehr als wirksame Flucht vor der deutschen AGB-Kontrolle zumindest in internationalen Verträgen möglich. Ob dies die Möglichkeit der Vereinbarung weitgreifenderer Haftungsbeschränkungen im unternehmerischen Rechtsverkehr mit sich bringt, hängt wiederum von der Inhaltskontrolle von AGB im englischen nationalen Recht ab.¹⁷⁰ In reinen deutschen Inlandssachverhalten wiederum wäre eine solche Flucht über die Wahl des CISG und einer subsidiär anwendbaren ausländischen Rechtsordnung aus zwei Gründen nicht möglich: Einerseits wäre dies aufgrund der Beschränkung des Anwendungsbereiches des CISG auf internationale Warenkaufverträge, vgl. Art. 1 Abs. 1 CISG, nicht möglich. Als Anwendungs Voraussetzung besteht gem. Art. 1 CISG zwingend, dass die Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten haben.¹⁷¹ Andererseits wäre dies vor Gerichten der EU-Mitgliedstaaten aufgrund der Berücksichtigung einfach zwingender Vorschriften in reinen Inlandssachverhalten gem. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO nicht möglich. Die einfach zwingenden Vorschriften der deutschen AGB-Inhaltskontrolle würden sich in rein deutschen Inlandssachver-

¹⁶⁹ Siehe im Ansatz ähnlich mit der Idee, Haftungsbegrenzungen durch eine Anwendung des UN-Kaufrechts unter gleichzeitiger Wahl einer ausländischen Rechtsordnung für die nicht vom UN-Kaufrecht geregelten Fragen zu ermöglichen (zur alten Rechtslage): *Ostendorf/Neumann/Ventsch*, IHR 2006, 21, 25 f.

¹⁷⁰ Hierzu nachfolgende Analyse der Haftungsausschlussmöglichkeiten im englischen Recht in Kapitel 4 – B.

¹⁷¹ *MüKoHGB/Mankowski*, 4. Aufl. 2018, CISG Art. 1 Rn. 31 und Rn. 2.

halten trotz Wahl des CISG durchsetzen, da die AGB-Inhaltskontrolle eine vom CISG nicht geregelte Rechtsfrage ist (Art. 4 S. 2 lit. a CISG). Demnach richtet sich die AGB-Inhaltskontrolle nach dem nationalen Recht, dass durch das Kollisionsrecht des Forumstaates bestimmt wird – mithin vor den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten nach der Rom I-VO.

Im Ergebnis stellt somit die Wahl des CISG nur in Kombination mit einer subsidiären Rechtswahl zugunsten einer anderen Rechtsordnung als der deutschen in internationalen Sachverhalten eine weitere Möglichkeit für eine Abwahl der §§ 305 ff. BGB im B2B-Verkehr dar. In reinen deutschen Inlands-sachverhalten ist das CISG einerseits nicht anwendbar und selbst wenn es anwendbar wäre, würden über Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO die §§ 305 ff. BGB als zwingende Vorschriften Anwendung finden. In internationalen Sachverhalten, wenn sich die Niederlassungen der Parteien in unterschiedlichen Staaten befinden, findet das CISG Anwendung. In einem solchen Fall würde sich die nicht vom CISG geregelte Frage der Inhaltskontrolle von AGB nach nationalem Recht richten. Somit müssten die Parteien, wenn sie in einem internationalen Vertrag durch die Wahl des CISG den §§ 305 ff. BGB entfliehen wollen, zusätzlich zur Wahl beziehungsweise zum Nichtausschluss des CISG als subsidiäre Rechtswahl eine andere als die deutsche Rechtsordnung als auf den Vertrag anwendbares Recht wählen. Ansonsten würden sich die Abgrenzung von AGB und Individualvereinbarung, sowie die Inhaltskontrolle von AGB mitsamt den Rechtsfolgen unwirksamer Klauseln nach deutschem AGB-Recht richten. Außerdem wäre, wenn sich trotzdem über Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO die Berücksichtigung des zwingenden deutschen Rechts ergibt, dieser Rechtswahl gleichfalls Grenzen gesetzt. Eine Konstellation in der Art. 1 Abs. 1 CISG erfüllt ist und gleichzeitig ein reiner Inlandssachverhalt i. S. d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO vorliegt ist nur schwer beziehungsweise nicht vorstellbar. Wählen die Parteien neben dem CISG subsidiär nur nichtstaatliches Recht, wäre dies vor den staatlichen Gerichten der EU-Mitgliedstaaten keine wirksame Rechtswahl aufgrund des Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO und somit würde das über Art. 4 Rom I-VO objektiv anwendbare Recht als subsidiär anwendbares Recht herangezogen werden. Somit liefert das CISG eine ergänzende Möglichkeit einer Rechtswahl in internationalen Verträgen in Kombination mit einer subsidiären Rechtswahl einer anderen Rechtsordnung als der deutschen, die jedoch keine weitgreifenderen Lösungen für die Möglichkeit der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungsklauseln in reinen deutschen Inlandssachverhalten bietet, als es die Wahl eines nationalen Rechts ermöglicht.

6. Fazit

Die Analyse zeigt, dass im Geltungsbereich der Rom I-VO, d.h. vor den staatlichen Gerichten der EU-Mitgliedstaaten, nur in reinen Inlandssachverhalten kollisionsrechtliche Grenzen für eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff.

BGB durch Auslandsrechtswahl in unternehmerischen Verträgen bestehen. In allen Vertragskonstellationen mit einem kollisionsrechtlich relevanten Auslandsbezug bestehen keine kollisionsrechtlichen Grenzen gegenüber einer solchen Rechtsflucht vor der deutschen AGB-Kontrolle im B2B-Verkehr. In der Konsequenz bedeutet dies eine weitgreifende, aber nicht uneingeschränkte Rechtswahlfreiheit für deutsche Unternehmen in unternehmerischen Verträgen in der Praxis. Einzig in reinen deutschen Inlandssachverhalten setzt Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO der Rechtsflucht vor der deutschen AGB-Kontrolle eine Schranke und lässt die §§ 305 ff. BGB trotz ausländischer Rechtswahl zur Anwendung kommen und trotz eines ansonsten wirksamen, ausländischen Vertragsstatuts kraft Rechtswahl. Gleichfalls ermöglicht die Wahl des CISG nur in internationalen Verträgen in Kombination mit einer subsidiären Rechtswahl einer ausländischen Rechtsordnung eine Abbedingung der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB. Dadurch liefert auch die Wahl des CISG keine weitgreifenderen Freiheiten für eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB als die Wahl eines ausländischen nationalen Rechts es ermöglicht – insbesondere ermöglicht auch die Wahl des CISG keine Rechtsflucht vor der deutschen AGB-Kontrolle in reinen deutschen Inlandssachverhalten.

II. Gerichte von Drittstaaten

Welche Grenzen bestehen für eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB durch Auslandsrechtswahl bei einer Streitbeilegung vor Gerichten europäischer Drittstaaten (Nicht-EU-Mitgliedstaaten in Europa)? Stellt die Option einer ausländischen Rechtswahl mit einer Gerichtsstandsklausel für ein drittstaatliches Gericht, außerhalb des Anwendungsbereichs der Rom I-VO, eine Ausweichmöglichkeit vor der deutschen AGB-Kontrolle auch in reinen deutschen Inlandssachverhalten dar? Wäre dies möglich, so könnten deutsche Unternehmen in rein inländischen Handelsverträgen durch eine Kombination aus Rechtswahl und Gerichtsstandsklausel zugunsten eines Gerichtes eines Nicht-EU-Staates der deutschen AGB-Kontrolle entkommen. Die vor den mitgliedstaatlichen Gerichten der EU bestehende Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO gilt nicht für drittstaatliche Gerichte. Jedoch greifen die dort anwendbaren Kollisionsnormen des Forums.

Die Schweiz hat die Sonderstellung in Europa, dass sie zwar ein EFTA-Mitgliedstaat, nicht aber Vertragspartei des EWR-Abkommens ist,¹⁷² sodass weder die Rom I-VO noch weiteres EU-Recht vor Schweizer Gerichten zur Anwendung gelangt. Das Schweizer Recht ist gleichzeitig eine viel gewählte Rechtsordnung und ein viel gewähltes Forum in internationalen Handelsver-

¹⁷² Vgl. Art. 2 Buchst. b Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (ABl. L 1 vom 3.1.1994, S. 3); European Free Trade Association (EFTA) abrufbar unter: <<https://www.efta.int/about-efta>>; siehe auch *Schroeter / Nemeček*, JZ 2017, 713, 714.

trägen.¹⁷³ Da sich die Arbeit in der Analyse auf den europäischen Rechtsraum fokussiert, eignet sich die Schweiz für die Analyse eines europäischen Sachverhaltes außerhalb des Rechtskreises der EU. Auch England ist empirischen Daten zufolge neben der Schweiz einer der meist gewählten ausländischen Gerichtsstände und Rechtsordnungen in europäischen Verträgen.¹⁷⁴ England ist gemäß dem EU-VK-Austrittsabkommen seit dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU („Brexit“) am 31. Januar 2020 mit Wirkung zum 1. Februar 2020 kein Teil eines Mitgliedstaates der EU mehr.¹⁷⁵ Während des elfmonatigen Übergangszeitraumes galt das EU-Recht und somit auch die kollisionsrechtliche EU-Verordnung der Rom I-VO für das Vereinigte Königreich weiter.¹⁷⁶ Wie sich die kollisionsrechtliche Rechtslage in England nach Ablauf des im EU-VK-Austrittsabkommen vereinbarten Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2020 (Art. 126 EU-VK-Austrittsabkommen) gestalten würde, war abhängig davon, ob eine diesbezügliche Vereinbarung zustande kommen würde und wie diese aussehen würde. Am 24. Dezember 2020 einigten sich die EU und das Vereinigte Königreich auf ein Abkommen für die Rechtslage ab dem 1. Januar 2021. Das Abkommen enthält jedoch keine Regelungen zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht. Aufgrund dieser neuen Stellung Englands außerhalb der EU erstreckt sich nachfolgende Untersuchung auch auf die kollisionsrechtliche Rechtslage in England nach dem EU-Austritt des Vereinigten Königreichs während des elfmonatigen Übergangszeitraumes und auf die bisherigen Erkenntnisse zur kollisionsrechtlichen Rechtslage seit Ablauf des Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2020 und dessen Bedeutung für Rechtsfluchtmöglichkeiten vor der deutschen AGB-Kontrolle. Zunächst wird die Wirksamkeit einer Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB vor Gerichten in der Schweiz analysiert (Ziff. 1), gefolgt von der Analyse der Möglichkeiten vor englischen Gerichten post-Brexit in der Zeit während und nach dem Übergangszeitraum (Ziff. 2).

1. Ausweichmöglichkeiten vor staatlichen Gerichten der Schweiz

Das vor den staatlichen Gerichten (und Behörden) der Schweiz anwendbare Kollisionsrecht im Sinne einer kollisionsrechtlichen Grundlage der *lex fori* ist im „Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)“ (nachfolgend:

¹⁷³ Siehe bereits Fn. 11 in Einleitung zu diesem Abschnitt. Ausführliche Statistik hierzu unter Kapitel 4 – A.

¹⁷⁴ Siehe bereits Fn. 12 in Einleitung zu diesem Abschnitt. Ausführliche Statistik hierzu unter Kapitel 4 – A.

¹⁷⁵ Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft v. 12.11.2019, ABl. 2019 C 384 I, 1; siehe hierzu auch *Rühl*, NJW 2020, 443, 443.

¹⁷⁶ Vgl. Art. 66 EU-UK-Austrittsabkommen.

IPRG-Schweiz) kodifiziert.¹⁷⁷ Dessen Geltungsbereich bestimmt Art. 1 IPRG-Schweiz.¹⁷⁸ Daneben werden Fragen im Bereich des Internationalen Zivilprozessrechts, namentlich zur gerichtlichen Zuständigkeit und zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen im Schweizer Recht nach dem Staatsvertrag des Lugano-Übereinkommens (LugÜ) geregelt, dessen revidierte Fassung aus 2007 seit dem 1.1.2011 in der Schweiz in Kraft ist.¹⁷⁹ Der Vorbehalt der völkerrechtlichen Verträge – demnach auch des LugÜ – ist in Art. 1 Abs. 2 IPRG-Schweiz statuiert.¹⁸⁰ In der Vorbereitung der Kodifizierung des IPRG-Schweiz von 1987 nahm das Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980, 80/934/EWG (EVÜ), eine Vorreiterrolle ein und beeinflusste das schweizerische IPRG maßgeblich.¹⁸¹ Das IPRG-Schweiz besteht systematisch aus den allgemeinen Regelungen der Artt. 13–19 IPRG-Schweiz und den spezifischen Bestimmungen des Besonderen Teils der Artt. 33 ff. IPRG-Schweiz.¹⁸²

Für die Frage der Reichweite einer Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB durch die Wahl einer Streitbeilegung vor den Schweizer Gerichten stellt sich die Frage, welche kollisionsrechtlichen Grenzen das Schweizer IPR dieser setzt. Dabei ist das IPRG-Schweiz in seinem Anwendungsbereich auf internationale Sachverhalte beschränkt (Buchst. a). Für diese gilt grundsätzlich im Vertragsrecht Rechtswahlfreiheit (Buchst. b). Alternativ wird das Recht des engsten Zusammenhangs im Rahmen der objektiven Anknüpfung herangezogen (Buchst. c). Die Rechtswahl unterliegt den Grenzen des Allgemeinen Teils des IPRG-Schweiz, darunter unter anderem der praktisch wichtigen Grenze international zwingender Normen der Schweiz (Art. 18 IPRG-Schweiz) und anderer Rechtsordnungen (Art. 19 IPRG-Schweiz), sowie der allgemeinen Ausnahmeregel des Art. 15 IPRG-Schweiz. Für die Rechtsfluchtmöglichkeiten vor den §§ 305 ff. BGB sind die Grenze des Art. 19 IPRG-Schweiz (Buchst. d) und die Ausnahmeklausel des Art. 15 IPRG-Schweiz zu erörtern (Buchst. e).

¹⁷⁷ Gesetz vom 18. Dezember 1987, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>>; siehe auch: *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Vor Art. 13-19, Rn. 5; *CHK-Buhr / Gabriel* IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 1 IPRG, Rn. 6.

¹⁷⁸ *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Vor Art. 13–19, Rn. 1.

¹⁷⁹ Siehe Lugano-Übereinkommen vom 30. Oktober 2007, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20082721/201604080000/0.275.12.pdf>>; siehe auch *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 16 und 34.

¹⁸⁰ Siehe im Detail hierzu *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 15 ff.

¹⁸¹ *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Vor Art. 13–19, Rn. 4a.

¹⁸² *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Vor Art. 13-19, Rn. 1 und 6; *Schnyder/Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 11.

a) *Geltungsbereich des IPRG-Schweiz: internationale Sachverhalte*

Das schweizerische IPR ist gem. Art. 1 Abs. 1 IPRG-Schweiz in räumlich-persönlicher Hinsicht nur anwendbar, wenn es sich bei einem konkreten Sachverhalt um ein internationales Verhältnis handelt.¹⁸³ Art. 1 Abs. 1 IPRG-Schweiz bestimmt:

„Dieses Gesetz regelt im internationalen Verhältnis: a. die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden; b. das anzuwendende Recht; c. die Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen; d. den Konkurs und den Nachlassvertrag; e. die Schiedsgerichtsbarkeit.“

Die Regelungen des IPRG-Schweiz finden demnach ausschließlich auf internationale, das heißt grenzüberschreitende Sachverhalte und auf Auslands-sachverhalte, Anwendung.¹⁸⁴ Auf rein interne Fälle, also Binnensachverhalte, sind nicht die Normen des IPRG-Schweiz, sondern die abschließenden Regelungen des schweizerischen Sach- und Verfahrensrechts (demnach ZGB-Schweiz¹⁸⁵, OR-Schweiz¹⁸⁶, Nebenerlasse und ZPO-Schweiz¹⁸⁷, SchKG-Schweiz¹⁸⁸, kantonale Einführungsgesetze) anzuwenden.¹⁸⁹ Diese sind für vorliegende Analyse der Rechtsfluchtmöglichkeiten in Handelsverträgen unter Beteiligung mindestens eines deutschen Unternehmens nicht relevant. Bei internationalen Sachverhalten ist vor schweizerischen Gerichten kein Rückgriff auf das schweizerische Sach- und Verfahrensrecht bei Fragen der Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts vorzunehmen.¹⁹⁰

Ein internationaler Sachverhalt ist anhand jedes Einzelfalls selbständig zu bestimmen.¹⁹¹ Entscheidend ist, dass die Aspekte, die einen Bezug zum Ausland aufweisen, für das konkrete Rechtsverhältnis beziehungsweise die konkrete Rechtsfrage von Bedeutung sind.¹⁹² Liegt ein Sachverhalt mit einem

¹⁸³ *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 1; *CHK-Buhr / Gabriel* IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 1 IPRG, Rn. 2; *Furrer / Girsberger / Siehr*, Internationales Privatrecht, Allgemeine Lehren, SPR Bd. XI/1 (2008), Rn. 31.

¹⁸⁴ *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 1.

¹⁸⁵ Schweizerisches Zivilgesetzbuch v. 10. Dezember 1907 (ZGB-Schweiz), <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html>>.

¹⁸⁶ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) v. 30. März 1911 (OR-Schweiz), <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/index.html>>.

¹⁸⁷ Schweizerische Zivilprozessordnung v. 19. Dezember 2008 (ZPO-Schweiz), <<https://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2010/1739.pdf>>.

¹⁸⁸ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs v. 11. April 1889 (SchKG-Schweiz), <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/18890002/index.html>>.

¹⁸⁹ *CHK-Buhr / Gabriel* IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 1 IPRG, Rn. 4; *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 1.

¹⁹⁰ *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 1.

¹⁹¹ *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 2.

¹⁹² *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 2.

anknüpfungsrelevanten Bezug zum Ausland vor, so liegt gesamtheitlich eine Internationalität, das heißt ein Auslandsbezug, vor und das IPRG-Schweiz findet Anwendung.¹⁹³ Nach Ansicht *Schnyder/Grolimund* genügt dabei ein internationaler Bezug entweder im Zusammenhang mit Fragen der internationalen Zuständigkeit oder mit Fragen des anwendbaren Rechts, um eine Internationalität für die Anwendbarkeit des Gesetzes insgesamt anzunehmen.¹⁹⁴ Grundsätzlich liegt immer dann ein internationaler Sachverhalt bei Rechtsverhältnissen vor, bei denen eine der betroffenen Parteien ihren Wohnsitz beziehungsweise Sitz im Ausland hat.¹⁹⁵ In der Regel liegt demnach beispielsweise ein Auslandssachverhalt bei Import- und Exportgeschäften vor, bei denen zum Beispiel eine im Ausland ansässige Abnehmerin Waren oder Dienstleistungen aus der Schweiz von einem Schweizer Unternehmen bezieht.¹⁹⁶ Ist die Staatsangehörigkeit der beteiligten Personen von weniger Relevanz – wie beispielsweise in Handelsverträgen – so genügt allein eine ausländische Staatsangehörigkeit noch nicht dazu, einen internationalen Sachverhalt i. S. d. Art. 1 Abs. 1 IPRG-Schweiz zu kreieren.¹⁹⁷

Anders hingegen genügt im Grundsatz im schweizerischen IPR bereits allein eine willentliche Bezugnahme auf eine ausländische Rechtsordnung für eine Internationalität des Verhältnisses i. S. d. Art. 1 Abs. 1 IPRG-Schweiz.¹⁹⁸ Ob im Rahmen der Rechtswahl im Vertragsrecht gem. Art. 116 IPRG-Schweiz allein die Wahl eines ausländischen Rechts die Internationalität herzustellen vermag, erscheint möglich, ist jedoch noch nicht abschließend geklärt.¹⁹⁹ Gerade im Vergleich zu Art. 3 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO ist die Frage, wie reine Binnensachverhalte im Schweizer Kollisionsrecht gehandhabt werden und ob dies vergleichbar oder abweichend von der Handhabung der Rom I-VO beurteilt werden jedoch sehr interessant.²⁰⁰ Jedenfalls scheint die Wahl eines ausländischen Rechts bei ansonsten reinen Binnenverhältnissen nach Schweizer Recht dann zulässig, wenn zugleich ein ausländischer Gerichtsstand vereinbart wird.²⁰¹

Mithin ist es in Sachverhalten mit einem internationalen Element möglich, dass vor einem Schweizer Gericht das Schweizer IPRG der Rechtsflucht vor

¹⁹³ *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 4.

¹⁹⁴ *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 3.

¹⁹⁵ So ausdrücklich BG, 4.10.2004 – BGE 131 III 76, 80; siehe auch *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 2.

¹⁹⁶ Ein solches Beispiel nennen *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 2.

¹⁹⁷ Vgl. ebenso: *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 2.

¹⁹⁸ *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 6.

¹⁹⁹ So: *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 6 m. w. N.

²⁰⁰ Vgl. siehe ebenso *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 6.

²⁰¹ Dies ist nicht unumstritten. Die hier genannte Ansicht vertreten: *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 6a m. w. N. auch a. A.

den §§ 305 ff. BGB eine Grenze setzt. Wie diese Grenzen genau aussehen und sich definieren, zeigt die Analyse der nachfolgenden Abschnitte.

b) *Grundsätzliche Rechtswahlfreiheit in Verträgen, Art. 116 IPRG-Schweiz*

Im Schweizer Kollisionsrecht gilt im Grundsatz für Verträge Rechtswahlfreiheit gem. Art. 116 IPRG-Schweiz. Die Vorschrift bestimmt in Absatz 1: „Der Vertrag untersteht dem von den Parteien gewählten Recht.“ Dabei geht dem IPRG-Schweiz als *lex specialis* gem. Art. 118 Abs. 1 IPRG-Schweiz für den Kauf beweglicher körperlicher Sachen das Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht vor. Gem. Art. 116 Abs. 3 S. 1 IPRG-Schweiz ist die Rechtswahl jederzeit möglich und kann auch jederzeit geändert werden.²⁰² Die Rechtswahl gem. Art. 116 IPRG-Schweiz ist angesichts des Anwendungsbereiches des IPRG-Schweiz (Art. 1 Abs. 1 S. 1 IPRG-Schweiz) und der weitreichenden Rechtsfolgen einer Rechtswahl nur zulässig, wenn es sich um ein internationales Rechtsverhältnis handelt. Ausreichend ist, wenn im Hinblick auf den Vertrag relevante Berührungspunkte zu einer ausländischen Rechtsordnung bestehen oder später hinzukommen (s.o. vorheriger Absatz). Somit wäre es in einem internationalen Handelsvertrag mit einem deutschen Unternehmen oder auch einem reinen deutschen Inlandssachverhalt grundsätzlich möglich, vor einem Schweizer Gericht eine ausländische Rechtswahl zur Umgehung der §§ 305 ff. BGB zu wählen. Der Bezug zur deutschen Rechtsordnung bei Wahl der Schweizer Gerichte genügt bereits für ein internationales Element, gleichfalls genügt der Unternehmenssitz in einem anderen Staat als der Schweiz.

c) *Objektive Anknüpfung: Engster Zusammenhang, Art. 117 IPRG-Schweiz*

In Ermangelung einer Rechtswahl im internationalen Vertragsrecht, die den Anforderungen des Art. 116 IPRG-Schweiz genügt, erfolgt eine objektive Anknüpfung gem. Art. 117 IPRG-Schweiz.²⁰³ Absatz 1 der Vorschrift bestimmt: „Bei Fehlen einer Rechtswahl untersteht der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt.“ Die Norm bedient sich somit einer sogenannten Regelanknüpfung, die im Grundsatz bestimmt, dass das Recht des Staates der engsten Verbindung anzuwenden ist, Art. 117 Abs. 1 IPRG-Schweiz.²⁰⁴ Art. 117 Abs. 2 IPRG-Schweiz konkretisiert die Generalklausel des Absatz 1 und bestimmt die Vermutung des engsten Zusammenhangs mit dem Staat, „in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung

²⁰² Vgl. Art. 116 Abs. 3 S. 1 IPR-Schweiz: „Die Rechtswahl kann jederzeit getroffen oder geändert werden.“

²⁰³ *Amstutz / Wang*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 117, Rn. 1.

²⁰⁴ *Amstutz / Wang*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 117, Rn. 1.

erbringen soll, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat oder, wenn sie den Vertrag aufgrund einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit geschlossen hat, in dem sich ihre Niederlassung befindet.“ Weiter ergänzt wird die Konkretisierung des Absatz 2 durch den nicht abschließenden Anknüpfungskatalog des Absatz 3, der die charakteristische Leistung beschreibt.²⁰⁵ Art. 117 IPRG-Schweiz weist somit eine dreigliedrige Normschicht auf: (1) der allgemeine Anknüfungsgrundsatz des engsten Zusammenhangs, (2) das als Konkretisierungshilfe dienende Kriterium der charakteristischen Leistung und (3) die – im Wortlaut nicht erwähnte, in der Norm aber enthaltene – Ausnahme vom Grundsatz.²⁰⁶ Mithin ist in Handelsverträgen mit Bezug zu Deutschland darauf zu achten, dass bei einer Rechtsflucht vor der deutschen AGB-Kontrolle in Handelsverträgen nicht über eine objektive Anknüpfung die §§ 305 ff. BGB trotz der Wahl eines Schweizer Gerichts als Streitbeilegungsforum zur Anwendung gelangen. Dies könnte beispielsweise der Fall sein, wenn bei einem Veräußerungsvertrag die Leistung des Veräußerers in Deutschland erbracht wird (Art. 117 Abs. 3 lit. a IPRG-Schweiz) oder bei einem Auftrag, Werkvertrag und ähnlichen Dienstleistungsverträgen die Dienstleistung in Deutschland erbracht wird (Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG-Schweiz).

d) Grenze der Rechtswahl aufgrund der Beachtung ausländischer Eingriffsnormen, Art. 19 IPRG-Schweiz

Vor den staatlichen Gerichten der Schweiz sind nach Maßgabe des Art. 19 IPRG-Schweiz zwingende Bestimmungen eines ausländischen Rechts, mithin ausländische Eingriffsnormen, zu berücksichtigen.²⁰⁷ Die Norm erlaubt, anstelle des anwendbaren Rechts zwingende Bestimmungen eines (weiteren) ausländischen Rechts über eine kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung zu berücksichtigen, sofern die Voraussetzungen der Norm erfüllt sind.²⁰⁸ Dabei muss die Norm für eine Anwendung anstelle des durch die Verweisungsnormen berufenen Rechts eine international zwingende Bestimmung einer dritten Rechtsordnung sein.²⁰⁹ Um einer Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB eine Grenze über Art. 19 IPRG-Schweiz zu setzen, müssten die Normen der deutschen AGB-Kontrolle für unternehmerische Verträge eine ausländische Eingriffsnorm i. S. d. Art. 19 IPRG-Schweiz sein.

²⁰⁵ *Amstutz / Wang*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 117, Rn. 1.

²⁰⁶ So auch *Amstutz / Wang*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 117, Rn. 1.

²⁰⁷ *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Rn. 1; *CHK-Buhr / Gabriel* IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 1; *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 133.

²⁰⁸ *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 1; *CHK-Buhr / Gabriel* IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 2.

²⁰⁹ *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Rn. 13 und 14; siehe auch BG, 7.5.2004 – BGE 130 III 620, 624.

Art. 19 Abs. 1 IPRG-Schweiz bestimmt:

„Anstelle des Rechts, das durch dieses Gesetz bezeichnet wird, kann die Bestimmung eines andern Rechts, die zwingend angewandt sein will, berücksichtigt werden, wenn nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei es gebieten und der Sachverhalt mit jenem Recht einen engen Zusammenhang aufweist.“

Zweck des Art. 19 IPRG-Schweiz ist es unter anderem, zu vermeiden, dass Parteien durch eine geschickte Rechtswahl Bestimmungen umgehen können, die schützenswert sind und zu den grundsätzlichen Werten der schweizerischen Rechtsordnung gehören.²¹⁰ Die Berücksichtigung zwingender Bestimmungen des ausländischen Rechts nach Art. 19 IPRG-Schweiz soll nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Ausnahme bleiben.²¹¹ Der Ausnahmeharakter des Art. 19 IPRG-Schweiz ergebe sich aus den Anforderungen der Norm und einer engen Auslegung.²¹² Dabei war im Hinblick auf Eingriffsnormen eines Drittstaates sowie des Forums der Art. 7 EVÜ ein Vorbild für die Kodifizierung im schweizerischen IPRG.²¹³ Die nunmehr geltende Regelung der Rom I-VO für Eingriffsnormen, Art. 9 Rom I-VO, enthält keine dem Art. 7 EVÜ und dem Art. 19 IPRG-Schweiz voll entsprechende Norm mehr.²¹⁴

Voraussetzungen des Art. 19 IPRG-Schweiz für die Berücksichtigung drittstaatlicher Normen sind, dass eine anwendungswillige Eingriffsnorm vorliegt (1), ein enger Zusammenhang besteht (2) und schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei²¹⁵ die Berücksichtigung gebieten (3).²¹⁶ Ob eine drittstaatliche Norm sodann berücksichtigt wird,

²¹⁰ *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 26.

²¹¹ BG, 29.5.2012 – BGE 138 III 489, 494 E 4.1; BG, 29.6.2010 – BGE 136 III 392, 395 E 2.2 („[...] le recours à l’art. 19 LDIP doit rester exceptionnel, comme dans tous les cas où une loi d’application immédiate est en jeu [...]“); *CHK-Buhr / Gabriel* IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 1; *Furrer / Girsberger / Siehr*, Internationales Privatrecht, Allgemeine Lehren, SPR Bd. XI/1 (2008), Rn. 885.

²¹² BG, 7.5.2004 – BGE 130 III 620, 630 f. (E.3.5.1). Die Entscheidung betrifft zwar einen Ehevertrag, trifft jedoch auch rechtlich generelle Aussagen bzgl. der Auslegung des Art. 19 IPRG-Schweiz. Siehe zur Entscheidung auch *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 25d.

²¹³ *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Vor Art. 13–19, Rn. 4a; *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 11a.

²¹⁴ *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 11b und 34.

²¹⁵ Das Merkmal „einer Partei“ wurde im deutschen und italienischen Text ergänzt, im französischen Text fehlen die Worte. Zur Berücksichtigung auch der Interessen der Allgemeinheit im Einklang mit dem französischen Text durch das Handelsgericht des Kantons Zürich: *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 19 m.w.N.; Befürwortung der Berücksichtigung auch der Interessen der Allgemeinheit generell: *CHK-Buhr / Gabriel* IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 10 m.w.N.

²¹⁶ *CHK-Buhr / Gabriel* IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 3; *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 12.

bestimmt sich nach ihrem Zweck und den sich daraus ergebenden Folgen beziehungsweise ihrer Wirkung für eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung gem. Art. 19 Abs. 2 IPRG-Schweiz.²¹⁷ Für die Berücksichtigung drittstaatlicher Normen sind demnach ihr Zweck, ihr internationaler Anwendungswille, der enge Sachverhaltsbezug und die nach schweizerischer Auffassung schützenswerten Parteiinteressen und die Wirkungen zu würdigen.²¹⁸

Die ausländische Norm braucht demzufolge international zwingenden Anwendungswillen.²¹⁹ Als drittstaatliche Eingriffsnormen kommen beispielsweise neben Kartellrechtsvorschriften auch sozialpolitische Normen zum Beispiel des Mieter-, Verbraucher- oder Arbeitsschutzes in Betracht.²²⁰

Zudem muss eine enge Verbindung zwischen dem Sachverhalt und der Rechtsordnung des Eingriffsstaates bestehen.²²¹ Dabei ist in einem ersten Schritt neben faktischen Verbindungen insbesondere der Anknüpfungspunkt der Eingriffsnorm zu ermitteln und in einem zweiten Schritt der Zusammenhang im Lichte des Zwecks der Norm zu bewerten.²²² Anknüpfungspunkte sind beispielsweise der Ort der Vertragserfüllung, der Lageort einer Sache oder der Wohnort einer Vertragspartei.²²³ Ist der Anknüpfungspunkt in dem betroffenen Rechtsgebiet im Schweizer Recht gebräuchlich, so liegt der enge Zusammenhang vor; bei nicht gebräuchlichen Anknüpfungspunkten muss anhand einer Interessenabwägung entschieden werden.²²⁴

Außerdem müssen nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei eine Berücksichtigung der Norm gebieten. Die Interessen der Parteien sowie die sonstigen involvierten öffentlichen, kollisionsrechtlichen und materiellrechtlichen Interessen sind abzuwiegen und das Interesse an einer Berücksichtigung der Norm muss offensichtlich, das heißt deutlich, überwiegen.²²⁵ Dabei sind auch das Vorliegen einer Rechtswahl und vertragliche Risikoverteilungsregeln

²¹⁷ Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 12.

²¹⁸ Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 12; siehe zu diesen Voraussetzungen auch BG, 29.6.2010 – BGE 136 III 392, 394 ff. (E.2.2 und E.2.3).

²¹⁹ Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 14; BG, 7.5.2004 – BGE 130 III 620, 624 E.3.2.

²²⁰ CHK-Buhr / Gabriel IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 5 m. w. N.

²²¹ CHK-Buhr / Gabriel IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 8; Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 17.

²²² CHK-Buhr / Gabriel IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 8; BG, 29.6.2010 – BGE 136 III 392, 396 E 2.3.2.

²²³ CHK-Buhr / Gabriel IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 8; BG, 29.6.2010 – BGE 136 III 392, 396 E 2.3.2; so auch Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 17.

²²⁴ CHK-Buhr / Gabriel IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 8.

²²⁵ CHK-Buhr / Gabriel IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 13.

heranzuziehen.²²⁶ Die rechtsanwendende Instanz ist demnach sowohl an völkerrechtliche Normen des fundamentalen Schutzes der Humanität ebenso wie an die eigene Wirtschaftsverfassung gebunden.²²⁷ Auch faktischen Gegebenheiten (wie bspw. die Erfüllung des Rechtsgeschäfts hindernde Bestimmungen eines Drittstaates) sind bei der Interessenabwägung in gewissem Maße Rechnung zu tragen.²²⁸ Dabei sind die Interessen beider Parteien zu beachten und gegenüberzustellen um ein offensichtliches Überwiegen und eine Schutzbedürftigkeit annehmen zu können.²²⁹ Zudem sollten auch Interessen der gesamten Rechtsgemeinschaft,²³⁰ die Interessen der Allgemeinheit und schützenswerte Interessen des Drittstaates berücksichtigt werden.²³¹

Als mögliche Anwendungsbeispiele des Art. 19 IPRG-Schweiz werden für staats- und wirtschaftspolitische Bestimmungen das Wettbewerbsbehinderungs- und Lauterkeitsrecht, Import- und Exportbestimmungen benannt und für sozialprotektiv ausgerichtete Normen werden Normen des Arbeitsschutzes, der Produkthaftungspflicht, des Konsumentenschutzes und der AGB-Kontrolle benannt.²³² Die Rechtsprechung hat sich sehr zurückhaltend bei der Anwendung des Art. 19 IPRG-Schweiz entwickelt.²³³ Im Bereich der sozialprotektiv und privatrechtlich ausgerichteten Normen ist die Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts zur Frage der Sonderanknüpfung panamaischer Arbeitnehmerschutzbestimmungen auf einen schweizerischem Recht unterstehenden Arbeitsvertrag eines Mitarbeitenden eines Hochseeschiffes relevant. Das Bundesgericht lehnte in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2010 die Berücksichtigung der panamaischen Regeln zur Entschädigung bei Vertragskündigung durch den Arbeitgeber auf Art. 19 IPRG-Schweiz gestützt, ab.²³⁴ Das Bundesgericht verneinte somit die Annahme von nach schweizerischer Auffassung überwiegenden Interessen einer Partei bei der Anwendung der panamaischen Arbeitnehmerschutzbestimmungen, obwohl die Arbeitsleistung auf einem Schiff unter panamaischer Flagge erbracht worden ist.²³⁵ Der schweizerische Richter könne die panamaische Norm nicht ausnahmsweise berücksichtigen, da nach schweizerischer Rechtsauffassung das Arbeit-

²²⁶ CHK-Buhr / Gabriel IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 13 m.w.N.

²²⁷ Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 18.

²²⁸ Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 20.

²²⁹ Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 21; CHK-Buhr / Gabriel IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 10.

²³⁰ Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 21.

²³¹ CHK-Buhr / Gabriel IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 10.

²³² Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 24, 24a.

²³³ Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 25 ff.

²³⁴ BG, 29.6.2010 – BGE 136 III 392; siehe hierzu auch Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 25e.

²³⁵ BG, 29.6.2010 – BGE 136 III 392; siehe hierzu auch Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 18 und 25e.

nehmerinteresse an einer im Fall streitgegenständlichen Abgangsentschädigung (Entschädigung bei Entlassung) nicht für schützenswert und überwiegend zu halten sei.²³⁶

Liegen die Voraussetzungen des Art. 19 IPRG-Schweiz vor, verfügt das Schweizer Gericht in der Rechtsfolge über ein Ermessen.²³⁷ Anders als bei Art. 18 IPRG-Schweiz muss die zwingende Bestimmung des ausländischen Rechts nicht „angewendet“ werden, sondern „berücksichtigt“ werden.²³⁸ Das gibt dem schweizerischen Gericht das Ermessen, die unmittelbare Rechtsfolge der Eingriffsnorm anzuwenden, die Rechtsfolge der *lex causae* zu entnehmen oder aber durch die Schaffung materiellen Richterrechts ein sachgerechtes Ergebnis herbeizuführen.²³⁹ Den Maßstab der Ermessensausübung definiert Art. 19 Abs. 2 IPRG-Schweiz genauer, indem der Absatz für die Beurteilung einer zwingenden Bestimmung vorgibt, dass sie dies „[...] nach ihrem [der Bestimmung] Zweck und den daraus sich ergebenden Folgen für eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung“ beurteilt. Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 IPRG-Schweiz ermächtigt die rechtsanwendende Instanz, darüber zu befinden, ob die drittstaatliche Norm, unter Einschluss ihrer Rechtsfolgenanordnung, kraft einer kumulativen Anwendung unmittelbar anzuwenden oder lediglich in dem Sinne in Betracht zu ziehen sind, dass die Rechtsfolge der *lex causae* zu entnehmen ist.²⁴⁰ Der rechtsanwendenden Instanz wird demnach ein weiter Entscheidungsspielraum zugeteilt.²⁴¹

Subsumiert man unter die Anforderungen des Art. 19 IPRG-Schweiz, ist es unwahrscheinlich, dass die §§ 305 ff. BGB die Anforderungen im B2B-Verkehr erfüllen. Zwar wird das AGB-Recht als eine Möglichkeit der zu berücksichtigenden sozialprotektiv und privatrechtlich ausgerichteten Normen erwähnt, dies erfolgt jedoch im Zusammenhang mit sonstigem Verbraucherschutz und Arbeitsschutz und mithin typischem Schutz schwächerer Vertragsparteien. Im Bereich des B2C-Verkehrs ist es umstritten, ob Konsumentenschutzbestimmungen zwingende Bestimmungen i.S.d. Art. 19 Abs. 1 IPRG-Schweiz darstellen und die Bejahung erscheint wahrscheinlicher als im B2B-Verkehr.²⁴² Dies ist jedoch für die Frage der Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in Handelsverträgen nicht weiter relevant. Gegen die Annah-

²³⁶ BG, 29.6.2010 – BGE 136 III 392, 397 f. (E. 2.3.3). Die Entscheidung wird teilweise mit Kritik bemängelt. Siehe hierzu *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 25e m.w.N.

²³⁷ *CHK-Buhr / Gabriel* IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 14.

²³⁸ *CHK-Buhr / Gabriel* IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 14.

²³⁹ *CHK-Buhr / Gabriel* IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 19 IPRG, Rn. 14 m.w.N.

²⁴⁰ *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 32.

²⁴¹ *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 33.

²⁴² *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 133; so erwähnen auch *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 24a „die AGB-Kontrolle“ als ein Beispiel für sozialprotektiv ausgerichtete Normen i.S.d. Art. 19 IPRG-Schweiz.

me der §§ 305 ff. BGB als zwingende Bestimmungen im unternehmerischen Rechtsverkehr i.S.d. Art. 19 Abs. 1 IPRG-Schweiz spricht außerdem, dass das Bundesgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2010 sogar panamaischer arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften auf einem dem Schweizer Recht unterliegenden Arbeitsvertrag die Berücksichtigung über Art. 19 IPRG-Schweiz versagt hat. Beachtet man diese Aspekte und zusätzlich die grundsätzlich zurückhaltende Anwendung des Art. 19 IPRG-Schweiz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, so scheint eine Berücksichtigung der §§ 305 ff. BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr nach Art. 19 IPRG-Schweiz sehr unwahrscheinlich. Die Ablehnung der §§ 305 ff. BGB im B2B-Verkehr als zwingende Norm i.S.d. Art. 19 IPRG-Schweiz wird auch durch das Schweizer Schrifttum gestützt. Nach Auffassung *Voser/Boog* passen zumindest im B2B-Bereich die deutschen AGB-Normen als Eingriffsnormen nicht unter die Definition des Art. 19 Abs. 1 IPRG-Schweiz und gebieten mithin auch nicht „nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei“ die §§ 305 ff. BGB zu berücksichtigen.²⁴³ Diese Frage bleibt jedoch bis zu einer Entscheidung des Bundesgerichts offen.

e) *Allgemeine Ausnahmeklausel des Art. 15 IPRG-Schweiz*

Das Schweizer Kollisionsrecht hat eine generelle Ausweichklausel in Art. 15 IPRG-Schweiz.²⁴⁴ Die Norm bestimmt in Absatz 1:

„Das Recht, auf das dieses Gesetz verweist, ist ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn nach den gesamten Umständen offensichtlich ist, dass der Sachverhalt mit diesem Recht in nur geringem, mit einem anderen Recht jedoch in viel engerem Zusammenhang steht.“

Fraglich ist, ob sich hierüber kollisionsrechtliche Grenzen für eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in Handelsverträgen ergeben können. Die Norm des Art. 15 IPRG-Schweiz hat eine ähnliche Tendenz wie die der zwingenden Wirkung des Inlandsrechts gegen ein ausländisches Vertragsstatut des Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO.²⁴⁵ Art. 15 IPRG-Schweiz erlaubt generell eine kollisionsrechtliche Anknüpfung bei offensichtlich engeren Verbindungen („Ausweichklausel“) an das Recht des „engeren Zusammenhangs“.²⁴⁶ Besteht demzufolge eine deutlich engere Beziehung des Sachverhaltes zu einer anderen als dem durch das IPRG zur Anwendung berufenen Recht, ist das Recht des näheren Zusammenhangs anzuwenden, vgl. Art. 15 Abs. 1

²⁴³ *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 133.

²⁴⁴ *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 15, Rn. 1.

²⁴⁵ Genereller Verweis auf ähnliche Tendenzen wie die des Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO auch im Schweizer Recht: *Martiny*, in: Reithmann / Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 2.6.

²⁴⁶ *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 15, Rn. 1.

IPRG-Schweiz.²⁴⁷ Die Norm will dem Richter Flexibilität bieten und gleichzeitig im Grundsatz Rechtssicherheit durch die IPR-Kodifikation und festgelegten Verweisungsnormen bieten.²⁴⁸ Das Schweizer Recht unterscheidet sich damit vom deutschen oder europäischen IPR, die beide keine generelle Ausweichklausel kennen.²⁴⁹ Die Ausnahmeklausel des Art. 15 Abs. 1 IPRG-Schweiz ist jedoch gem. Art. 15 Abs. 2 IPRG-Schweiz nicht anwendbar, wenn eine Rechtswahl vorliegt.²⁵⁰ Absatz 2 der Norm bestimmt ausdrücklich: „Diese Bestimmung ist nicht anwendbar, wenn eine Rechtswahl vorliegt.“ Die Parteiautonomie geht somit dem engsten Zusammenhang in dieser Hinsicht vor.²⁵¹ Es wird davon ausgegangen, dass die Rechtswahl eine Rechtssicherheit am besten gewährleistet.²⁵²

Im internationalen Vertragsrecht ist darüber hinaus fraglich, ob neben der besonderen Ausnahmeklausel des Art. 117 IPRG-Schweiz überhaupt Art. 15 IPRG-Schweiz als allgemeine Ausnahmeklausel anwendbar ist. Die herrschende Lehre gesteht der allgemeinen Ausnahmeklausel des Art. 15 IPRG-Schweiz neben Art. 117 Abs. 1 IPRG-Schweiz keinen Anwendungsbereich zu.²⁵³ In der Entscheidung des Bundesgerichts aus Juli 2002 stellt das Gericht die verschiedenen Auffassungen in dieser Hinsicht dar, lässt die Frage jedoch im Ergebnis offen, ob eine ausnahmsweise Abweichung von der Verweisung in Art. 119 Abs. 1 IPRG-Schweiz sich auf die Ausnahmeklausel nach Art. 15 Abs. 1 IPRG-Schweiz stützen lässt, oder auf Art. 117 Abs. 1 IPRG-Schweiz zu begründen ist.²⁵⁴

Für eine mögliche durchgreifende Wirkung der §§ 305 ff. BGB ist die Grenze des Art. 15 IPRG-Schweiz in Fällen, in denen eine Rechtswahl besteht, ohnehin irrelevant. Die Norm des Art. 15 IPRG-Schweiz könnte nur dann Bedeutung für eine durchgreifende Wirkung der §§ 305 ff. BGB haben, wenn aufgrund einer objektiven Anknüpfung anhand des IPRG-Schweiz (aufgrund des Vorliegens eines engsten Zusammenhangs i.S.d. Art. 117 IPRG-Schweiz) im Ergebnis Schweizer Recht zur Anwendung gelangen würde. Wobei sodann nach herrschender Lehre Art. 15 IPRG-Schweiz durch Art. 117 IPRG-Schweiz gesperrt wäre. In den typischen und interessanten Fällen der Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in unternehmerischen Verträ-

²⁴⁷ Siehe so auch *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 15, Rn. 1 und 7.

²⁴⁸ *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 15, Rn. 4.

²⁴⁹ Rechtsvergleichende Ausführungen zu allgemeinen Ausweichklauseln siehe bei: *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 15, Rn. 25 ff.

²⁵⁰ *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 15, Rn. 18.

²⁵¹ *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 15, Rn. 18.

²⁵² *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 15, Rn. 18.

²⁵³ *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 15, Rn. 21 m. w. N.

²⁵⁴ BG, 11.7.2002 – 4C.99/2002, E. 1.1; *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 15, Rn. 21.

gen (selbst in reinen deutschen Inlandsverträgen) durch die Wahl des Schweizer Rechts und der Schweizer Gerichte lägen keine kollisionsrechtlichen Grenzen des Art. 15 IPRG-Schweiz vor. Dies gilt allein bereits aufgrund des Vorliegens einer Rechtswahl, vgl. Art. 15 Abs. 2 IPRG-Schweiz.

f) Fazit

Fazit der Analyse der kollisionsrechtlichen Grenzen vor staatlichen Gerichten der Schweiz ist, dass im unternehmerischen Verkehr deutsche Parteien wirksam vor den Regelungen der §§ 305 ff. BGB bei der Wahl des Schweizer Rechts und einer Gerichtsstandsklausel zugunsten der staatlichen Gerichte der Schweiz ausweichen können. Dies gilt selbst bei reinen deutschen Inlandssachverhalten. Weder sind die §§ 305 ff. BGB über Art. 19 Abs. 1 IPRG-Schweiz zu beachtende ausländische Eingriffsnormen, noch bietet die allgemeine Ausnahmeklausel des Art. 15 IPRG-Schweiz für Sachverhalte mit einer deutschen Partei und auch für Verträge mit ausschließlich deutschen Vertragsparteien eine Begrenzung.²⁵⁵

2. Ausweichmöglichkeiten vor staatlichen Gerichten Englands (nach EU-Austritt des Vereinigten Königreichs)

Die kollisionsrechtliche Rechtslage in England unterscheidet sich vor und nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU, dem sog. „Brexit“. Die Rechtslage und das Verhältnis zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich für die Zeit nach dem Austritt blieb lange Zeit ungeklärt.²⁵⁶ Die Verhandlungen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich über die Konditionen des Brexits, die Rechte und Pflichten der Beteiligten und deren künftiges rechtliches Verhältnis befanden sich lange Zeit im Schwebezustand. Die Regierung des Vereinigten Königreichs entwarf zwei *White Papers*, *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*²⁵⁷ und *Legislation for the United Kingdom's withdrawal*

²⁵⁵ Gleiche Auffassung vertreten *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 133.

²⁵⁶ Siehe auch Beiträge bis zum Abschluss des „Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich andererseits“ am 24. Dezember 2020 L 444/14, Official Journal of the European Union 31.12.2020 (abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2020.444.01.0014.01.ENG>): *Dickinson*, J. Priv. Int. Law 2016, 195 ff.; *Merrett*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 30-005; *Briggs*, Riv. dir. int. priv. proc. 2019, 261 ff.; *Mankowski*, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 3 ff.; *Rühl*, NJW 2020, 443 ff.

²⁵⁷ *Department for Exiting the European Union*, Policy paper, The United Kingdom's exit from, and new partnership with, the European Union, updated 15 May 2017, abrufbar unter: <<https://www.gov.uk/government/publications/the-united-kingdoms-exit-from-and-new-partnership-with-the-european-union-white-paper/the-united-kingdoms-exit-from-and-new-partnership-with-the-european-union--2>>.

from the European Union²⁵⁸. Am 1. Februar 2020 ist sodann das so genannte EU-VK-Austrittsabkommen²⁵⁹ in Kraft getreten (vgl. Art. 185 EU-VK-Austrittsabkommen), wodurch das Vereinigte Königreich seitdem kein Mitglied der EU und der Europäischen Atomgemeinschaft (EAG) mehr ist. Das Abkommen beinhaltete ein komplexes Übergangsregime, das zu einer Weitergeltung weiter Teile des EU-Rechts für einen vorerst überschaubaren Übergangszeitraum führte.²⁶⁰ Der ursprüngliche Austrittstermin wäre nach Art. 50 Abs. 3 EUV der 29. März 2019 gewesen. Dieser Termin wurde jedoch am 21. März 2019 auf den 12. April 2019 beziehungsweise den 22. Mai 2019 verschoben und am 10. April 2019 auf den 31. Oktober 2019 erneut nach hinten verschoben. Am 28. Oktober 2019 erfolgte sodann die letzte Verschiebung auf den endgültigen Austrittstag des 31. Januar 2020.²⁶¹ Welche Regelungen sich infolge des Brexits am Ende des gewährten Übergangszeitraumes, der sog. *implementation period* oder *transition period*, ergeben würden und wie sich folglich die Rechtslage langfristig ab dem 1. Januar 2021 gestalten würde, blieb auch nach dem Austritt am 31. Januar 2020 lange Zeit unklar. Während des in Art. 126 EU-VK-Austrittsabkommen vereinbarten Übergangszeitraumes, der am Tag des Inkrafttretens des Abkommens begann und am 31. Dezember 2020 endete,²⁶² war das Vereinigte Königreich kein EU-Mitgliedstaat mehr, war aber dennoch weiterhin weiten Teilen des EU-Rechts unterlegen.²⁶³ Im EU-VK-Austrittsabkommen war lediglich an verschiedenen Stellen ein Hinweis auf die Bemühungen der EU und des VK aufgenommen, ein Abkommen über die künftigen Beziehungen in die Wege zu leiten.²⁶⁴ Am 24. Dezember 2020 – eine Woche vor dem Ablauf der Übergangsphase – einigten sich die EU und das Vereinigte Königreich im letzten Moment auf den Abschluss des „Handels- und Kooperationsabkommen zwi-

²⁵⁸ *Department for Exiting the European Union*, Policy paper, published 24 July 2018, Legislating for the Withdrawal Agreement between the United Kingdom and the European Union, abrufbar unter: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/728757/6.4737_Cm9674_Legislating_for_the_withdrawal_agreement_FINAL_230718_v3a_WEB_PM.pdf>.

²⁵⁹ Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft v. 12.11.2019, ABl. 2019 C 384 I, 1.

²⁶⁰ Siehe auch *Terhechte*, NJW 2020, 425, 425.

²⁶¹ Vgl. Beschluss vom 29.10.2019 (EU) 2019/1810, ABl. L 278 I, 1 f.; s. a. Überblick hierzu bei *Rühl*, NJW 2020, 443, 443.

²⁶² Der Zeitraum hätte gem. Art. 132 EU-UK-Austrittsabkommen durch einen einzigen und vor dem 1. Juli 2020 erlassenen Beschluss zur Verlängerung des Übergangszeitraums um höchstens 1 oder 2 Jahre verlängert werden können. Eine solche Verlängerung des Übergangszeitraumes war jedoch gesetzlich im Vereinigten Königreich ausgeschlossen, vgl. Art. 33 Withdrawal Act 2020, und ist letztlich auch nicht erfolgt.

²⁶³ Vgl. Art. 127 (1) EU-VK-Austrittsabkommen.

²⁶⁴ Siehe u. a. in Art. 184 EU-VK-Austrittsabkommen sowie mehrfach in Präambel.

schen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich andererseits“.²⁶⁵

Die kollisionsrechtliche Rechtslage in England, das heißt für Verfahren vor englischen Gerichten, bis zum EU-Austritt (Buchst. a), während des Übergangszeitraumes (Buchst. b) und seit Ablauf des Übergangszeitraumes ab dem 1. Januar 2021 (Buchst. c) werden hier im Einzelnen dargestellt, um jeweils im Zusammenhang deren Auswirkungen auf Rechtsfluchtmöglichkeiten in Handelsverträgen vor den §§ 305 ff. BGB herauszuarbeiten.

Da das Vereinigte Königreich in drei Teilrechtsordnungen, England und Wales, Schottland, Nordirland, eingeteilt ist und für nachfolgende Analyse die rechtlichen Auswirkungen in der Teilrechtsordnung England relevant sind, beschränken sich die Ausführungen in den Teilen, in denen die verschiedenen Teilrechtsgebiete abweichenden Regelungen unterliegen, auf die Regelungen in England und Wales. Diese Teilrechtsordnung ist eine beliebte Rechtswahl in Kombination mit der Wahl eines englischen Gerichtsstandortes oder Schiedsortes in England (insbesondere London) europäischer Unternehmen in internationalen Handelsverträgen,²⁶⁶ womit diese Rechtsordnung die für die vorliegende Untersuchung interessante ist.

a) *Kollisionsrechtliche Rechtslage Englands bis zum EU-Austritt des Vereinigten Königreichs*

Bis zum Austrittsdatum des Vereinigten Königreichs aus der EU am 31. Januar 2020 war das maßgebliche Kollisionsrecht vor englischen Gerichten zur Bestimmung des anwendbaren Vertragsrechts die Rom I-VO und die Anerkennung und Vollstreckung staatlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen richtete sich bei Entscheidungen eines EU-Mitgliedstaates nach der Brüssel Ia-VO.²⁶⁷ Demnach galt in England, wie in den meisten anderen EU-Mitgliedstaaten (außer Dänemark hinsichtlich der Rom I-VO), bis zum Austrittsdatum die Rom I-VO für Verträge die nach dem 17. Dezember 2009 geschlossen wurden und für Verträge vor diesem Datum das Übereinkommen von Rom von 1980 (EVÜ).²⁶⁸ Die *common law rules* zur Bestimmung des anwendbaren Rechts wurden durch dieses Übereinkommen beziehungsweise später

²⁶⁵ „Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part“, L 444/14, Official Journal of the European Union 31.12.2020.

²⁶⁶ Zur Analyse der empirischen Daten: Kapitel 4 – A.

²⁶⁷ Zur Rom I-VO siehe auch *Merrett*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 30-002; zur Brüssel Ia-VO siehe Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Brüssel Ia-VO.

²⁶⁸ *Merrett*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 30-002; *Fentiman*, *International commercial litigation* (2015), Rn. 3.18; 5.03; *Briggs*, in: Burrows (Hrsg.), *Oxford Principles of English Law – English Private Law*, 3. Aufl. 2013, Rn. 20.140; *Dacey, Morris and Collins*, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 32-002.

durch diese Verordnung abgelöst.²⁶⁹ So stellten zentrale Teile des englischen Internationalen Privatrechts die direkt anwendbaren EU-Verordnungen der Rom I-VO, Rom II-VO bezüglich des anwendbaren Rechts dar und die Brüssel Ia-VO regelte Fragen der Zuständigkeit und der gegenseitigen Anerkennung und Vollstreckung EU-mitgliedstaatlicher Entscheidungen in England.

Für die Frage der Rechtsfluchtmöglichkeiten vor den §§ 305 ff. BGB in Handelsverträgen bestimmten sich folglich die Grenzen der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie vor englischen Gerichten bis zum Brexit nach den Regelungen der Rom I-VO. In rein inländischen unternehmerischen Verträgen erlangte vor englischen Gerichten national zwingendes Recht ebenfalls über Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO Geltung.²⁷⁰ Daher hätten auch in England im unternehmerischen Kontext bis zum EU-Austritt in einem rein deutschen Inlandssachverhalt trotz Rechtswahl und Gerichtsstandsklausel zugunsten des englischen Rechts und der englischen staatlichen Gerichte durch die Wirkung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO die §§ 305 ff. BGB Anwendung gefunden und nicht umgangen werden können. Eine Rechtsflucht war in einem solchen Fall nur wirksam möglich, wenn ein internationales Element in einem Vertragsverhältnis vorlag.

Schwierigkeiten entstanden in der Interaktion des englischen Rechts und des Rom-Regimes bei der Frage der Anwendbarkeit ausländischen Rechts, wenn in einem Vertrag eine Rechtswahlklausel bestand, die Parteien sich aber vor Gericht nicht auf dieses Recht beriefen.²⁷¹ Teilweise wurde nach englischer Auffassung vertreten, dass die kollisionsrechtlichen Regelungen optional sind und die Parteien grundsätzlich die Freiheit haben zu entscheiden, ob sie ihren Fall als internationale oder nationale Streitigkeit prozessieren wollen.²⁷² Der Grundsatz des englischen Rechts sei, dass das Berufen auf ausländisches Recht optional sei.²⁷³ Ein englisches Gericht würde den Fall nach englischem nationalen Recht entscheiden, wenn nicht eine der Parteien vor-

²⁶⁹ *Briggs*, in: Burrows (Hrsg.), Oxford Principles of English Law – English Private Law, 3. Aufl. 2013, Rn. 20.140.

²⁷⁰ *Emeraldian Ltd Partnership v Wellmix Shipping Ltd* [2010] EWHC 1411 (Comm), [2010] 1 C.L.C. 993, Rn. 173 f. – prüft die Anwendung zwingenden Rechts in einem reinen Inlandssachverhalt gem. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, lehnt diesen jedoch i.E. aufgrund verschiedener Faktoren, u. a. dem Unternehmenssitz im Ausland, ab; *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 3.42 f.; *Merrett*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 30-083, wobei *Merrett* in diesem Zusammenhang darauf verweist, dass die englischen Gerichte wohl die zwingenden ausländischen Regeln nicht anwenden würden, wenn sich keine der Parteien vor Gericht darauf berufen würde.

²⁷¹ *Merrett*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 30-068; *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 5.07.

²⁷² *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 4.38.

²⁷³ *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 5.07; *Briggs*, in: Burrows (Hrsg.), Oxford Principles of English Law – English Private Law, 3. Aufl. 2013, Rn. 20.03.

brächte, dass ausländisches Recht auf den Fall Anwendung finden würde.²⁷⁴ Es sei Aufgabe der Parteien, sich auf das ausländische Recht zu berufen und als Teil der prozessualen Regelung stehe diese Regel außerhalb des Anwendungsbereichs der Rom I-VO des Art. 1 Abs. 3.²⁷⁵ Das *common law* würde diese Aspekte in Abwesenheit eines Plädierens oder Berufens auf ausländisches Recht regeln.²⁷⁶ Diese Lösung eines Heranziehens des *common law*, wenn sich die Parteien nicht auf ausländisches Recht trotz einer Rechtswahl im Vertrag berufen, konnte Probleme hinsichtlich der Übereinstimmung in der Anwendung der Rom I-VO hervorrufen und machte eine solche Lösung mithin fraglich.²⁷⁷ Der Grundsatz der Optionalität des Berufens auf ausländisches Recht wäre widersprüchlich mit dem zwingenden Charakter der Rechtsanwendungsregelungen des Rom-Regimes.²⁷⁸ Diese Problematik der Interaktion hätte sich bei einem No-Deal-Brexit, der auch am Ende des Übergangszeitraumes kein Abkommen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich erreicht hätte, erübrigt. Im eingetretenen Fall einer Vereinbarung für die Rechtslage nach dem Ende des Übergangszeitraumes hängt das Bestehenbleiben dieser Rechtsfrage von den konkreten Regelungen der Vereinbarung im Hinblick auf das Kollisionsrecht ab.²⁷⁹

Zusammenfassend galt zur kollisionsrechtlichen Rechtslage vor englischen Gerichten, solange die Rom I-VO in England kraft EU-Mitgliedschaft des Vereinigten Königreichs Anwendung fand, dass die Rom I-VO das auf Verträge anwendbare Recht vor englischen Gerichten bestimmte. Ob ein Plädieren ausländischen Rechts vor Gericht dabei erforderlich war, ist fraglich im englischen Recht. Aufgrund der Wirkung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO hätten auch vor englischen Gerichten bis zum EU-Austrittsdatum des Vereinigten Königreichs in rein deutschen Handelsverträgen (Inlandssachverhalten) trotz Rechtswahl und Gerichtsstandsklausel zugunsten des englischen Rechts und der englischen staatlichen Gerichte die §§ 305 ff. BGB Anwendung gefunden. Eine Rechtsflucht vor der deutschen AGB-Kontrolle wäre in einem solchen Fall nur wirksam möglich gewesen, wenn ein internationales Element in einem Vertragsverhältnis vorlag.

²⁷⁴ *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 4.04; *Briggs*, in: Burrows (Hrsg.), Oxford Principles of English Law – English Private Law, 3. Aufl. 2013, Rn. 20.03.

²⁷⁵ Hierzu darstellend (jedoch nicht diese Meinung vertretend): *Merrett*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 30-068.

²⁷⁶ Hierzu *Merrett*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 30-068.

²⁷⁷ *Merrett*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 30-068.

²⁷⁸ *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 5.07.

²⁷⁹ Zu den letztlich getroffenen Vereinbarungen im Austrittsabkommen vom 31.12.2020 siehe sogleich unter Kapitel 2 – A.II.2.c).

b) *Kollisionsrechtliche Rechtslage in England während des Brexit-Übergangszeitraumes*

Während des elfmonatigen Brexit-Übergangszeitraumes vom 1. Februar 2020 bis zum 31. Dezember 2020 war das Vereinigte Königreich an weite Teile des EU-Rechts weiter gebunden. Art. 127 (1) EU-VK-Austrittsabkommen sah eine grundsätzliche weitere Geltung des Unionsrechts während des Übergangszeitraums für das sowie im Vereinigten Königreich vor. Art. 127 (3) EU-VK-Austrittsabkommen sah darüber hinaus vor, dass während des Übergangszeitraums das geltende Unionsrecht die gleichen Rechtswirkungen für das sowie in dem Vereinigten Königreich entfaltet wie innerhalb der Union und ihrer Mitgliedstaaten und nach denselben Methoden und allgemeinen Grundsätzen auslegt und angewendet wird, die auch innerhalb der Union gelten. In dieser Zeit war das Vereinigte Königreich weiter an die Rom I-VO gebunden. Gem. Art. 66 (a) EU-VK-Austrittsabkommen gilt die Rom I-VO im Vereinigten Königreich für Verträge, die vor dem Ablauf der Übergangszeit, d.h. vor dem 1. Januar 2021, abgeschlossen worden sind.²⁸⁰ Somit verbleibt die Rechtslage bezüglich der Rechtsfluchtmöglichkeiten vor den §§ 305 ff. BGB vor englischen Gerichten für Verträge, die bis zum Ablauf des Übergangszeitraumes geschlossen wurden, so, wie während der Zeit vor dem EU-Austritt des Vereinigten Königreichs. Verträgen, die bis zum 31. Dezember 2020 geschlossen wurden, ist eine Rechtsflucht vor den Normen der deutschen AGB-Kontrolle demnach nach Maßgabe der Rom I-VO grundsätzlich möglich. Einzige Ausnahme gilt für reine deutsche Inlandssachverhalte, denen die kollisionsrechtliche Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO für diese Verträge, die bis zum Ablauf des Übergangszeitraumes geschlossen wurden, eine Grenze setzt.

c) *Kollisionsrechtliche Rechtslage in England seit Ablauf des Brexit-Übergangszeitraumes*

Die kollisionsrechtliche Rechtslage in England seit dem Ablauf des Brexit-Übergangszeitraumes, mithin seit dem 1. Januar 2021, hinsichtlich Fragen des anwendbaren Rechts und zuständiger Gerichte blieb lange Zeit ungeklärt. Auch das *British Institute of International and Comparative Law* (BIICL) vermochte bis zuletzt hierzu keine Einblicke zu gewähren.²⁸¹ Eine Vereinba-

²⁸⁰ Zur Heranziehung bestehender EuGH-Rechtsprechung zur Auslegung dessen, was „Abschluss eines Vertrages“ in Art. 66 (a) EU-VK-Austrittsabkommen bedeutet: *Mankowski*, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 3, 5. Die Rom II-VO gilt gem. Art. 66 (b) EU-VK-Austrittsabkommen für schadensbegründende Ereignisse, die vor dem Ablauf der Übergangszeit eingetreten sind. S.a. *Wagner*, IPRax 2021, 2, 9.

²⁸¹ Überblick über Kollisionsrecht post-Brexit in England der BIICL in: *Lein*, FAQ: Litigation post Brexit, BIICL, abrufbar unter: <https://www.biicl.org/documents/1477_faq_litigation_post_brexit.pdf?showdocument=1>.

zung zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich hinsichtlich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivil- und Handelssachen für die Zeit nach Ende des Übergangszeitraumes hätte in dem – lange auf sich warten lassenden – Austrittsabkommen noch vereinbart werden können,²⁸² obgleich dies für ein Freihandelsabkommen ungewöhnlich gewesen wäre.²⁸³ Letztlich wurde am 24. Dezember 2020 doch noch ein Austrittsabkommen vereinbart. Dieses schweigt jedoch bezüglich der Thematik der justiziellen Zusammenarbeit in Zivil- und Handelssachen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich. Es sind keine Regelungen zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht ersichtlich. Seit dem 1. Januar 2021 besteht mithin keine vertragliche Grundlage mehr für die justizielle Zusammenarbeit in Zivil- und Handelssachen zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU und es tritt in diesem Gebiet auch, anders als in vielen anderen Wirtschaftsbereichen, nichts an die Stelle der weggefallenen Regelungen.²⁸⁴ Durch den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU ohne den Abschluss eines auf Gegenseitigkeit beruhenden Regimes, haben die kollisionsrechtlichen EU-Verordnungen, insbesondere die zentralen IPR-Instrumente der EU der Brüssel Ia-VO, der Rom I- und Rom II-VO, keine Wirkung mehr.²⁸⁵ Ein solcher Austritt ohne Abkom-

²⁸² Die Europäische Kommission hatte zwar schon wenige Tage nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU einen umfassenden Entwurf für Verhandlungsrichtlinien verabschiedet („Empfehlung für einen Beschluss des Rates über die Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen über eine neue Partnerschaft mit dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland“, v. 3.2.2020, COM (2020) 35 final, <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/DE/COM-2020-35-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF>>), dem ein Abkommensentwurf der Europäischen Kommission am 18.3.2020 folgte („Entwurf einer rechtlichen Vereinbarung über die künftige Partnerschaft zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich“, „Draft text of the Agreement on the New Partnership with the United Kingdom“, 18 March 2020, UKTF (2020) 14, abrufbar: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/200318-draft-agreement-gen.pdf>). Ein Austrittsabkommen ließ aber noch bis Ende Dezember 2020 auf sich warten. Ausführlich zu den Details des Verhandlungsablaufs unter <<https://www.consilium.europa.eu/de/policies/eu-uk-negotiations-on-the-future-relationship/>>; sowie bei *Wagner*, IPRax 2021, 2, 3 f.

²⁸³ *Mankowski*, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 3, 3; gleichfalls darauf hinweisend, dass es unwahrscheinlich war, dass die Zusammenarbeit im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit bei den Austrittsverhandlungen auf beiden Seiten (EU und VK) eine hohe Priorität haben würde: *Dickinson*, ZEuP 2017, 539, 552.

²⁸⁴ S. a. *Bert*, Ein harter Brexit für die justizielle Zusammenarbeit in Zivil- und Handelssachen, 27.12.2020, <<https://www.zpoblog.de/ein-harter-brexite-fuer-die-justizielle-zusammenarbeit-in-zivil-und-handelssachen/>>; *Dickinson*, Walking Solo – A New Path for the Conflict of Laws in England, 4.1.2021, <<https://conflictoflaws.net/2021/walking-solo-a-new-path-for-the-conflict-of-laws-in-england/>>.

²⁸⁵ Ausführungen zu diesem möglichen Szenario bereits vor dem Ablauf des Übergangszeitraumes: *Merrett*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 30-005; sowie *Rühl*, ICLQ 2018, 99, 103 f.

men im Bereich des IPR und des IZVR bedeutet einen sog. „mini hard Brexit“²⁸⁶ oder „sektorspezifischen harten Brexit“²⁸⁷ für diesen Bereich.²⁸⁸

Für den relevanten Zeitraum nach Ende des Brexit-Übergangszeitraumes wurden zuvor verschiedene mögliche Szenarien diskutiert. Diese gingen von einer Weitergeltung der europäischen Verordnungen über den Abschluss eines neuen völkerrechtlichen Vertrags bis hin zur einseitigen Anwendung der europäischen Verordnungen und zur Ratifikation bestehender völkerrechtlicher Verträge, als Handlungsoptionen.²⁸⁹ Die Möglichkeiten, eine Regelung bezüglich der Frage des anwendbaren Rechts zu finden, sahen sich nicht den gleichen strukturellen Problemen gegenüber, wie die Regelungen hinsichtlich der internationalen Zuständigkeits-, Anerkennungs- und Vollstreckungsregelungen für ausländische Entscheidungen. Das Brüssel-Regime basiert auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit oder macht zumindest nur dann für einen einzelnen Staat Sinn, wenn es Teil einer gegenseitigen Vereinbarung ist. Auch wenn das Vereinigte Königreich theoretisch zur Brüssel Ia-VO äquivalente Regelungen in das englische Recht implementiert hätte bzw. würde, würde dies keine Gegenseitigkeit hervorrufen. In den Gerichten der anderen EU-Mitgliedstaaten ist England nach dem Brexit Teil eines Drittstaates im Sinne der Normen der Brüssel Ia-Verordnung.²⁹⁰ Das bedeutet, dass in dem eingetretenen Fall, dass kein Abkommen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich für ein neues Regime der Gegenseitigkeit vereinbart wurde, die Regelungen der Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung zu den bestehenden *common law rules* zurückkehren.²⁹¹ Englische Urteile haben ihren „Reise-

²⁸⁶ So betitelt es *Mankowski*, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 3, 6.

²⁸⁷ So das eingetretene Szenario des Brexits ohne Regelungen betreffend die justizielle Zusammenarbeit betitelnd: *Bert*, Ein harter Brexit für die justizielle Zusammenarbeit in Zivil- und Handelssachen, 27.12.2020, <<https://www.zpoblog.de/ein-harter-brexite-fuer-die-justizielle-zusammenarbeit-in-zivil-und-handelssachen/>>.

²⁸⁸ So bereits vorhergesehen für das Gebiet des IPR und IZVR, da dieses normalerweise kein Gegenstand von Freihandelsabkommen ist: *Mankowski*, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 3, 6.

²⁸⁹ Siehe hierzu bspw. *Rühl*, NJW 2020, 443, 444 ff.; *dies.*, ICLQ 2018, 99, 116–128.

²⁹⁰ Siehe auch *Mankowski*, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 3, 8; allgemein hinsichtlich der Tatsache, dass das gesamte Vereinigte Königreich aus Sicht des Unionsrechts ein Drittstaat nach Ablauf der Übergangsfrist sein wird (bzw. aus heutiger Sicht ist): *Hess*, IPRax 2016, 409, 410.

²⁹¹ Der Entwurf des draft-Agreements „Civil Jurisdiction and Judgments (Amendment) EU Exit Regulations 2019“ (abrufbar unter: <<http://www.legislation.gov.uk/uk/si/2019/479/contents/made>>), hob grundsätzlich, abgesehen von manchen Übergangsvorschriften, das Brüssel-Regime auf. Ausnahme sind Fälle von und gegen Verbraucher und Arbeitnehmer mit Wohnsitz im Vereinigten Königreich. S.a. zur Rückkehr zu den *common law rules* hinsichtlich des Internationalen Zivilverfahrensrechts: *Weller / Thomale / Zwirlein*, ZEuP 2018, 892, 907. Ausführlicher Überblick zu den Grundsätzen zur Zuständigkeit, Anerken-

pass für Europa“²⁹² verloren und die Vollstreckung englischer Urteile im Ausland hat auf der Grundlage bilateraler Verträge und nationaler Regeln des internationalen Privatrechts zu erfolgen.²⁹³ Das BIICL hatte im Zusammenhang mit bestmöglichen Austrittsabkommen von einer Vereinbarung ähnlich dem Abkommen der EU mit Dänemark bezüglich der Brüssel Ia-VO gesprochen, verwies aber gleichzeitig auf die unterschiedlichen Ausgangssituationen und den sich daraus ergebenden Schwierigkeiten.²⁹⁴

Die Situation hinsichtlich der Rechtswahl am Ende der Brexit-Übergangsphase war weniger komplex als die Situation hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit, der Anerkennung und Vollstreckung. Die Regelungen betreffend das anwendbare Recht basieren zumindest weitgehend nicht auf Gegenseitigkeit oder erfordern eine solche Gegenseitigkeit für ihre Anwendung nicht – anders als hingegen Regelungen zur internationalen Zuständigkeit.²⁹⁵ Bereits seit einem frühen Stadium der Phase nach dem Referendum hatte die britische Regierung verdeutlicht, dass die Rom I- und die Rom II-VO einen Teil des beizubehaltenden EU-Rechts nach dem Brexit darstellen werden. Die Entscheidung der Regierung, die Regelungen der Rom I- und Rom II-VO beizubehalten wurde in dem *Policy Paper* der britischen Regierung vom 22. August 2017 „Providing a cross-border civil judicial cooperation framework: a future partnership paper“ dargelegt.²⁹⁶ Am 29. März 2019 hat die britische Regierung das *UK Statutory Instrument 2019 No. 834 (SI No. 834)*, „The Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019“,²⁹⁷ unter Nutzung der Zuständigkeitsermächtigungen des Art. 8 des *European*

nung und Vollstreckung nach dem englischen Recht in Abwesenheit des Brüssel-Regimes, siehe *Briggs*, Riv. dir. int. priv. proc. 2019, 261, 264 ff.

²⁹² So formuliert *Briggs*, Riv. dir. int. priv. proc. 2019, 261, 272 bildlich „English judgments will lose their passport to Europe“.

²⁹³ So bereits vor Ende des Ablaufs des Übergangszeitraumes darlegend, falls keine diesbezüglichen Regelungen mehr vereinbart werden sollten: *Briggs*, Riv. dir. int. priv. proc. 2019, 261, 272; *Rühl*, ICLQ 2018, 99, 115; *Basedow*, ZEuP 2016, 567, 572.

²⁹⁴ *Lein*, FAQ: Litigation post Brexit, BIICL, S. 3, Q: What regime should be adopted post Brexit?, Antwortabsatz (3). Zu den verschiedenen Optionen des Vereinigten Königreichs bei der Lösungsfindung hinsichtlich des IZVR mit und ohne EU-Kooperation siehe die diskutierten Handlungsoptionen bei *Rühl*, NJW 2020, 443, 444 ff.

²⁹⁵ Siehe auch *Merrett*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 30-005; *Mankowski*, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 3, 3.

²⁹⁶ Abrufbar unter: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/639271/Providing_a_cross-border_civil_judicial_cooperation_framework.pdf>, dort Rn. 19; dies wird auch in der englischen Literatur befürwortet, siehe *Briggs*, Riv. dir. int. priv. proc. 2019, 261, 279; *Dickinson*, *Walking Solo – A New Path for the Conflict of Laws in England*, 4.1.2021, <<https://conflictoflaws.net/2021/walking-solo-a-new-path-for-the-conflict-of-laws-in-england/>>.

²⁹⁷ Abrufbar unter: <<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2019/834/contents/made>>.

*Union (Withdrawal) Act 2018*²⁹⁸ erlassen. Das *UK Statutory Instrument No. 834* inkorporiert die Vorschriften der Rom I- und Rom II-VO in das nationale Recht mit nur geringfügigen oder sich aus dieser Implementierung ergebenden, erforderlichen Veränderungen.²⁹⁹ Zu einer solchen Implementierung der Regelungen des anwendbaren Rechts, namentlich der Rom I- und Rom II-VO in das nationale Recht des VK, hatte auch das BIICL geraten.³⁰⁰

Die Implementierung der Rom I- und Rom II-VO in das nationale Recht des Vereinigten Königreichs ist wenig überraschend, wenn man bedenkt, dass dieses auch ursprünglich nicht direkt an die Rom I-VO gebunden war, sondern sich erst aktiv für eine Bindung entschieden hat.³⁰¹ Diese Regeln der Rom I-VO gelten dadurch weiter auch post-Brexit nach Ende des Übergangszeitraumes im Vereinigten Königreich – seitdem jedoch als nationales Recht. Ob eine Bindung der Auslegung der Normen an die EuGH-Rechtsprechung weiterhin bestehen würde, hätte durch eine Vereinbarung im Austrittsabkommen oder eine sonstige Vereinbarung geregelt werden können. Art. 6 (1) *European Union (Withdrawal) Act 2018 (Withdrawal Act 2018)* bestimmte in Absatz (2), dass lediglich eine Berücksichtigung, nicht aber eine Bindung zugelassen ist. Im *Withdrawal Act 2018* wurde bei dieser Regelung noch auf das Austrittsdatum abgestellt, während der *Withdrawal Act 2020*³⁰² in Art. 26 (1)(a) auf den Tag des Endes des Übergangszeitraumes (*IP completion day*) als maßgeblichen Zeitpunkt für das Ende der Bindung abstellte. Da weder im Austrittsabkommen vom 31. Dezember 2020 eine diesbezügliche Regelung für die Frage der Bindung an die EuGH-Rechtsprechung für die Auslegung beibehaltenen EU-Rechts ersichtlich ist, noch sonstige diesbezügliche Vereinbarungen bestehen, ist die Rechtsprechung des EuGH seit dem 1. Januar 2021 nicht mehr zwingend bindend für die Auslegung der beibehaltenen, ins

²⁹⁸ Abrufbar unter: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/section/8/2018-10-26>>.

²⁹⁹ The Law Applicable to Contractual Obligations and NonContractual Obligations (Amendment etc.) (EU Exit), Regulations 2019, SI 2019/834, abrufbar: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2019/834/pdfs/ukxi_20190834_en.pdf>; s.a. *Mankowski*, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 3, 6. Für die in dieser Arbeit relevanten Rechtsfragen wird gemäß Nr. 10 (4) der Regulation bei der Implementierung Art. 3 (4) Rom I-VO dahingehend abgeändert, dass „Member States“ durch „relevant states“ ersetzt wird und „Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum,“ durch „retained EU law“.

³⁰⁰ *Lein*, FAQ: Litigation post Brexit, BIICL, S. 3, Q: What regime should be adopted post Brexit?, Antwortabsatz (5).

³⁰¹ Siehe auch: Commission opinion COM(2008) 730 final vom 7.11.2008 in dem die Interessenbekundung im Brief des Vereinigten Königreichs vom 24.7.2008 benannt und willkommen geheißen wird von Seiten der EU. Abrufbar unter: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0730:FIN:EN:PDF>>.

³⁰² *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020*, abrufbar unter: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/1/contents/enacted>>.

nationale Recht implementierten Vorschriften der Rom I-VO. Das Austrittsabkommen vom 12. November 2019 bestimmte lediglich, dass das Vereinigte Königreich der EuGH-Rechtsprechung, die ab dem 1. Januar 2021 bezüglich des Austrittsabkommens selbst ergeht, gemäß Art. 4 Abs. 5 EU-VK-Austrittsabkommen gebührend Rechnung zu tragen hat.³⁰³

Dadurch, dass die Regeln des Austrittsabkommens keine weitere Verbindlichkeit der EuGH-Rechtsprechung für die Auslegung der beibehaltenen Vorschriften der Rom I-VO vorgeben, besteht seit dem 1. Januar 2021 mit Ablauf des Übergangszeitraumes mehr Freiraum für das rein nationale Kollisionsrecht des Vereinigten Königreichs. Dies führt im Endeffekt dazu, dass das englische internationale Privatrecht bezüglich der schuldvertraglichen Verpflichtungen in Zivil- und Handelssachen für eine Weile im Wesentlichen das gleiche bleiben wird wie das, was in den EU-Mitgliedstaaten gilt und dann langsam davon abweichen wird.³⁰⁴ Neben Divergenzen, die in unterschiedlicher Auslegung der Vorschriften durch die Gerichte des Vereinigten Königreichs auf der einen Seite und des EuGH auf der anderen Seite entstehen können, können auch Abweichungen durch Reformen der Rom I-VO entstehen, die nicht entsprechend im nationalen englischen Recht umgesetzt werden, womit weitere Unterschiede entstehen würden.³⁰⁵ *Dickinson* rät in dieser Hinsicht dem Vereinigten Königreich, die Überarbeitungen der Rom I-VO (und Rom II-VO) durch die EU als einen sinnvollen Anlass für das Vereinigte Königreich anzusehen, dessen eigene nationale Regeln zu überprüfen, um entsprechende Änderungen vorzunehmen – sei es im Gleichschritt mit dem EU-Modell oder abweichend davon.³⁰⁶

Ursprünglich wurde das Kollisionsrecht des Vereinigten Königreichs durch das *common law* geregelt, das durch die Gerichte entwickelt wurde.³⁰⁷ Nach diesen Regeln bestimmte sich das auf einen Vertrag anwendbare Recht nach dem *doctrine of the proper law of a contract*.³⁰⁸ Dem *doctrine* zufolge

³⁰³ Art. 4 (5) EU-VK-Austrittsabkommen: „In the interpretation and application of this Agreement, the United Kingdom's judicial and administrative authorities shall have due regard to relevant case law of the Court of Justice of the European Union handed down after the end of the transition period.“

³⁰⁴ So bereits vor dem Ende der Übergangsphase ausgeführt für eine potenzielle Situation ohne Regelungen zum Internationalen Privatrecht in einem Austrittsabkommen: *Briggs*, Riv. dir. int. priv. proc. 2019, 261, 279; auf die möglicherweise langfristig entstehende Uneinheitlichkeit bei diesem Lösungsweg weist ebenfalls *Rühl*, ICLQ 2018, 99, 125 hin.

³⁰⁵ *Briggs*, Riv. dir. int. priv. proc. 2019, 261, 279 f.

³⁰⁶ *Dickinson*, Walking Solo – A New Path for the Conflict of Laws in England, 4.1.2021, <<https://conflictoflaws.net/2021/walking-solo-a-new-path-for-the-conflict-of-laws-in-england/>>.

³⁰⁷ *Merrett*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 30-002.

³⁰⁸ *Merrett*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 30-002 und 30-006; *Dicey, Morris and Collins*, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 32-006.

wird zunächst eine ausdrückliche Rechtswahlklausel beachtet, in Ermangelung einer solchen nach einer konkludenten Rechtswahl der Parteien gesucht und in einem dritten Schritt nach dem Willen der Parteien und sodann nach objektiven Anknüpfungspunkten gesucht.³⁰⁹ Die objektiven Anknüpfungspunkte bestimmen das Rechtssystem der engsten Verbindung zur Transaktion („the system of law with which the transaction has the closest and most real connection“).³¹⁰ Verschiedenste Faktoren sind zur Feststellung einer konkludenten Rechtswahl relevant. Der üblichste unter diesen Faktoren ist die Gerichtsstandsklausel oder Schiedsklausel.³¹¹ Haben sich die Vertragsparteien auf einen bestimmten Gerichtsstandort oder Schiedsort geeinigt, stellt dies im *common law* einen starken Hinweis dafür dar, dass die Parteien auch das Recht dieses Landes materiellrechtlich auf ihren Vertrag zur Anwendung gelangen lassen wollen als *proper law* i.S.d. *doctrines*.³¹² Zu den relevanten Faktoren zählen daneben die Natur der Transaktion, die Form des Dokumentes für die Transaktion, der Stil und die Terminologie des Vertrages, die Nutzung einer bestimmten Sprache, die Währung oder die Natur oder der Ort des Vertragsgegenstandes.³¹³

Zusammenfassend hing die kollisionsrechtliche Rechtslage post-Brexit für den Zeitraum nach Ablauf des Übergangszeitraumes ab 1. Januar 2021 zunächst entscheidend davon ab, ob zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich ein Abkommen mit kollisionsrechtlichen Regelungen getroffen werden würde und wie diese Regelungen das Vereinigte Königreich und die englischen Gerichte nach dem Ablauf des Übergangszeitraumes binden würden. Ein Abkommen vom 31. Dezember 2020 wurde zwar getroffen, es schweigt jedoch zu den Aspekten des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts. Eine Bindung des Vereinigten Königreichs an die EuGH-Rechtsprechung bezüglich der Auslegung der in nationales Recht implementierten Vorschriften der Rom I-VO wurde gleichfalls nicht im Austrittsabkommen vom 31. Dezember 2020 bestimmt. Mithin sind die englischen Ge-

³⁰⁹ Merrett, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 30-006; Dicey, Morris and Collins, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 32-006 m.w.N.

³¹⁰ U.a. *Bonython v Commonwealth of Australia* [1951], Privy Council (Australia), 30.10.1950, A.C. 201, 219; *Compagnie d'armement Maritime SA v Compagnie Tunisienne de Navigation SA* [1971], House of Lords, 14.7.1970, A.C. 572, 573; siehe auch: Dicey, Morris and Collins, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 32-007; Merrett, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 30-006 m.w.N.

³¹¹ Merrett, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 30-011.

³¹² *NJ Kwik Hoo Tong Handel Maatschappij v James Finlay & Co* [1927], House of Lords, 23.5.1927, A.C. 604, 608; *The Komninos S* [1991], Court of Appeal, 20.12.1990, 1 Lloyd's Rep. 370; siehe auch: Merrett, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 30-011 m.w.N.; Briggs, in: Burrows (Hrsg.), Oxford Principles of English Law – English Private Law, 3. Aufl. 2013, Rn. 20.148.

³¹³ Merrett, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 30-012.

richte seit 1. Januar 2021 nicht mehr weiter zwingend an die Auslegung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO durch die EuGH-Rechtsprechung gebunden. Dies eröffnet die Möglichkeit, dass eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB trotz ausländischer – d.h. nicht deutscher – Rechtswahl und Gerichtsstandswahl zugunsten der englischen Gerichte in rein deutschen Inlandssachverhalten im B2B-Verkehr möglich sein könnte. Die diesbezügliche Rechtsprechung der englischen Gerichte zu möglichen abweichenden Interpretationen des Kollisionsrechts bleibt abzuwarten.

d) Fazit

Vor englischen staatlichen Gerichten bestand die Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO für die Rechtswahl, solange die Rom I-VO im Vereinigten Königreich galt. Da das Vereinigte Königreich auch in der elfmonatigen Zeitspanne des Übergangszeitraumes (1. Februar 2020–31. Dezember 2020) trotz beendeter EU-Mitgliedschaft weiter an die Rom I-VO gebunden war, besteht die Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO für Verträge, die bis zum Ende des Übergangszeitraumes abgeschlossen wurden, fort. Folglich ist eine Rechtsflucht vor der deutschen AGB-Kontrolle durch eine Auslandsrechtswahl in Kombination mit einer Gerichtsstandsklausel zugunsten eines englischen Gerichts in reinen deutschen Inlandssachverhalten in Handelsverträgen, die bis zum Ende des Brexit-Übergangszeitraumes geschlossen wurden, nicht möglich. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO verschafft den §§ 305 ff. BGB für Verträge, die vor Ablauf des Übergangszeitraumes abgeschlossen wurden (Art. 66 (a) EU-VK-Austrittsabkommen), in solchen reinen deutschen Inlandsfällen Geltung.

Für die Zeit nach dem Ende des Übergangszeitraumes, mithin ab dem 1. Januar 2021, hing die Rechtslage entscheidend von einer Vereinbarung zwischen der EU und dem VK ab. Ein Austrittsabkommen wurde letztendlich am 24. Dezember 2020 vereinbart und am 31. Dezember 2020 veröffentlicht. Dieses schweigt jedoch bezüglich der Fragen des anwendbaren Rechts und der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen. Da das Vereinigte Königreich die Rom I-VO ins nationale Recht implementiert hat, gilt Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO grundsätzlich weiter. Jedoch besteht seit Ablauf des Übergangszeitraumes keine zwingende Bindung der englischen Gerichte an die Auslegung dieser Vorschrift durch den EuGH mehr. Es besteht die Möglichkeit für die englischen Gerichte, von der bisherigen EuGH-Rechtsprechung bei der Auslegung der Vorschrift abzuweichen und sich auf die *common law rules* zurückzubesinnen. Das Austrittsabkommen vom 31. Dezember 2020 beschränkt diese Option jedenfalls nicht. Die englischen Gerichte könnten beispielsweise die Wahlmöglichkeit des Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO auch in der Auslegung auf nichtstaatliche Regelwerke ausdehnen oder den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO noch restriktiver auslegen oder aber die Vorschrift abändern. Einige Normen, darunter die Binnenmarktklausel des

Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO, wird von den englischen Gerichten ohnehin anders ausgelegt werden als von den Gerichten der verbleibenden EU-Mitgliedstaaten aufgrund der Wortlautänderungen bei der Implementierung ins nationale Recht des Vereinigten Königreichs.³¹⁴

3. *Fazit zu Grenzen der Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB vor drittstaatlichen Gerichten*

Zusammenfassend ergibt die Analyse der Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB durch die Kombination eines ausländischen Rechts und Forums, dass das schweizerische Kollisionsrecht einer Rechtsflucht vor staatlichen Gerichten der Schweiz in Fällen mit internationalem Bezug grundsätzlich keine Grenzen setzt. Mithin können deutsche Unternehmen wirksam vor den Regelungen der §§ 305 ff. BGB in ihrem Handelsvertrag bei einer Wahl des Schweizer Rechts und schweizerischer staatlicher Gerichte ausweichen. Dies gilt selbst bei reinen deutschen Inlandssachverhalten. Weder sind die §§ 305 ff. BGB über Art. 19 Abs. 1 IPRG-Schweiz zu beachtende ausländische Eingriffsnormen, noch bietet die allgemeine Ausnahmeklausel des Art. 15 IPRG-Schweiz für Sachverhalte mit einer deutschen Partei und auch für Verträge mit ausschließlich deutschen Vertragsparteien eine Begrenzung.

Vor englischen Gerichten bestand bis zum Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU eine Grenze der Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in reinen deutschen Inlandssachverhalten über die Wirkung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO. Während des Übergangszeitraumes bis zum 31. Dezember 2020 galten die Vorschriften der Rom I-VO für Verträge, die vor dem Ablauf der Übergangszeit abgeschlossen wurden, weiter. Die Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO behielt gegenüber einer Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in reinen deutschen Inlandssachverhalten für diese Verträge Geltung. Die Rechtslage seit Ende des Übergangszeitraumes ab dem 1. Januar 2021 ermöglicht den englischen Gerichten weitere Freiheiten. Zwar gilt Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO in der Form der Implementierung der Normen in das nationale Recht des Vereinigten Königreichs fort. Es besteht jedoch keine zwingende Bindung zur Auslegung dieser Normen an die EuGH-Rechtsprechung mehr. Eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB bei der Wahl des englischen Rechts und eines englischen Gerichtsstandes könnte mithin in Zukunft eine wirksame Möglichkeit auch in reinen deutschen Inlandssachverhalten sein. Die zukünftige Auslegung der implementierten Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO durch die Gerichte im Vereinigten Königreich im B2B-Verkehr bleibt abzuwarten.

³¹⁴ So siehe auch Memorandum der britischen Regierung „Explanatory Memorandum to the law applicable to contractual obligations and non-contractual obligations (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019, No. 834“, Rn. 7.4, abrufbar unter: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2019/834/pdfs/ukxiem_20190834_en.pdf>.

III. Fazit und Konsequenzen für die Reformfrage

Die Analyse zeigt, dass eine sehr weitreichende, aber nicht grenzenlose Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB durch deutsche Unternehmen durch eine ausländische Rechtswahl und Forumswahl in Handelsverträgen möglich ist. In Verträgen mit einem kollisionsrechtlich relevanten internationalen Element ist ein Ausweichen vor der deutschen AGB-Kontrolle in unternehmerischen Verträgen ohne kollisionsrechtliche Grenzen möglich. Dies gilt vor staatlichen Gerichten der EU, wie auch vor den staatlichen Gerichten der Schweiz und England post-Brexit. In reinen Inlandssachverhalten besteht vor den staatlichen Gerichten der EU-Mitgliedstaaten die Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, der den §§ 305 ff. BGB trotz ausländischer Rechtswahl und ausländischem Forum Geltung in reinen deutschen Inlandssachverhalten verleiht. Für deutsche Unternehmen bedeutet das, dass den §§ 305 ff. BGB nur in reinen deutschen Inlandssachverhalten und bei einem Gerichtsstand innerhalb des Geltungsbereichs der Rom I-VO nicht durch die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung ausgewichen werden kann. Zudem ist innerhalb des Geltungsbereichs der Rom I-VO zu beachten, dass die §§ 305 ff. BGB nicht allein durch die Wahl eines nichtstaatlichen Regelwerkes aufgrund des Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO abgewählt werden können, wenn das objektiv anwendbare Recht die deutsche Rechtsordnung ist. Auch die Wahl des CISG ermöglicht in reinen deutschen Inlandssachverhalten keine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB; in internationalen Vertragskonstellationen kann hingegen erfolgreich durch die Wahl des CISG in Kombination mit einer subsidiären Rechtswahl zugunsten einer anderen Rechtsordnung als der deutschen vor den §§ 305 ff. BGB im B2B-Verkehr geflüchtet werden.

Vor Gerichten der Schweiz ist eine Abwahl der §§ 305 ff. BGB durch Wahl einer anderen Rechtsordnung als des deutschen Rechts auch in reinen deutschen Inlandssachverhalten wirksam möglich. Vor den englischen Gerichten galt bis zum Austrittsdatum des Vereinigten Königreichs aus der EU die kollisionsrechtliche Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, der den §§ 305 ff. BGB trotz Wahl eines ausländischen Rechts in reinen deutschen Inlandssachverhalten Geltung verlieh. Diese Rechtslage galt auch während des Brexit-Übergangszeitraumes weiter für Verträge die vor Ablauf der Übergangszeit abgeschlossen wurden (vgl. Art. 66 (a) EU-VK-Austrittsabkommen). Für die Zeit seit dem Ende des Übergangszeitraumes am 1. Januar 2021 hat das Vereinigte Königreich die Regelungen der Rom I-VO ins nationale Recht implementiert. Ob sich die Interpretation des Art. 3 Rom I-VO weiter an die EuGH-Rechtsprechung vor den englischen Gerichten zu halten hätte, hing vom Zustandekommen und Inhalt des Austrittsabkommens zwischen der EU und dem VK für die Zeit nach Ende des Übergangszeitraumes ab. Das Austrittsabkommen vom 31. Dezember 2020 schweigt bezüglich der Fragen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts. Es bestimmt

auch keine zwingende Bindung des Vereinigten Königreichs an die Rechtsprechung des EuGH in diesem Bereich. Daraus ergibt sich möglicherweise eine weitere Option für eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in reinen deutschen Inlandssachverhalten in Handelsverträgen, die nach dem 31. Dezember 2020 abgeschlossen werden, durch die Wahl des englischen Rechts und eines englischen staatlichen Gerichts als Forum. Ob diese weitere Rechtsfluchtoption letztlich besteht, hängt von der zukünftigen Auslegung der implementierten Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO im nationalen Recht des Vereinigten Königreichs durch die englischen Gerichte ab.

Wie vorteilhaft im Endeffekt die Wahl ausländischer Rechtsordnungen wie beispielsweise des englischen, des Schweizer oder des französischen Rechts für die Zulässigkeit von Haftungsfreizeichnungsklauseln in AGB in unternehmerischen Verträgen ist, ist fraglich. Diese Frage wird in dem rechtsvergleichenden Kapitel 4 dieser Arbeit analysiert.

Für die Reformfrage des deutschen AGB-Rechts bedeuten diese weitreichenden Rechtsfluchtmöglichkeiten vor den staatlichen Gerichten erst einmal, dass theoretisch deutsche Unternehmen, wenn sie wollten, in ihren Handelsverträgen vor der Kontrolle der §§ 305 ff. BGB flüchten können. Dies geht vor den heimischen deutschen Gerichten nur in internationalen Sachverhalten, vor den Schweizer Gerichten auch in rein deutschen Sachverhalten. Vor den englischen Gerichten hängt dies für Verträge mit Vertragsschluss nach dem 31. Dezember 2020 letztlich von der zukünftigen Auslegung des ins nationale Recht implementierten Art. 3 Rom I-VO durch die englischen Gerichte ab. Somit können deutsche Unternehmen in B2B-Verträgen mit rein nationalen deutschen Sachverhalten einzig vor den deutschen Gerichten mit Sicherheit nicht vor der Kontrolle der §§ 305 ff. BGB flüchten – vor den englischen Gerichten hängt dies für Verträge mit Abschluss nach dem 31. Dezember 2020 von der abzuwartenden Auslegung des implementierten Art. 3 Rom I-VO ab. Will der Gesetzgeber diese Sachverhalte vor einer Flucht vor der deutschen AGB-Kontrolle aufhalten, setzt das Kollisionsrecht einer solchen Flucht bereits Grenzen. Für alle übrigen Sachverhalte ist hingegen vom Gesetzgeber bei der Reformfrage des deutschen AGB-Rechts zu bedenken, dass theoretisch eine Flucht in andere Rechtsordnungen kollisionsrechtlich grenzenlos möglich ist. Ob eine solche Rechtsflucht aufgrund der §§ 305 ff. BGB in der Praxis auch erfolgt, ist eine andere Frage. Diese wird in Kapitel 3 dieser Arbeit analysiert.

B. Schiedsgerichte

Bestehen dieselben kollisionsrechtlichen Grenzen für deutsche Unternehmen in nationalen und internationalen Handelsverträgen vor Schiedsgerichten?

Oder besteht durch die Wahl einer schiedsgerichtlichen Streitbeilegung trotz der kollisionsrechtlichen Beschränkung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO für deutsche Unternehmen in rein inländischen Sachverhalten auch vor Schiedsgerichten mit Sitz innerhalb der EU eine Rechtsfluchtmöglichkeit vor der deutschen AGB-Kontrolle durch ausländische Rechtswahl? Vor Schiedsgerichten ist die Frage, ob einfach zwingendes Recht, wozu gerade das AGB-Recht zählt, bei reinen Inlandssachverhalten abgewählt werden kann, umstritten. Innerhalb der EU konkretisiert sich diese grundsätzliche Frage, ob Schiedsgerichte an die Kollisionsnormen der *lex fori* gebunden sind,³¹⁵ dahingehend, ob Schiedsgerichte mit Sitz in der EU an die Rom I-VO gebunden sind. Es wird oft betont, dass die überwiegende Zahl der Verträge im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr Schiedsklauseln enthielt.³¹⁶ Im internationalen Wirtschaftsverkehr sei das Schiedsverfahren das überwiegende Streiterledigungssystem,³¹⁷ das in diversen Rechtsbereichen genutzt werde.³¹⁸ Dies schafft eine hohe Praxisrelevanz dieser Frage der kollisionsrechtlichen Begrenzung für einfach zwingendes Recht vor Schiedsgerichten für die Frage der Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB. Wären Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht und demzufolge über Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO an zwingendes Recht gebunden, wäre eine Flucht vor der deutschen AGB-Kontrolle vor Schiedsgerichten nicht mit Sicherheit gegeben.³¹⁹

Ob Schiedsgerichte darüber hinaus an Eingriffsnormen oder den materiellrechtlichen oder anerkenntnisrechtlichen *ordre public* gebunden sind, kann für die Frage der durchgreifenden Wirkung der §§ 305 ff. BGB trotz ausländischer Rechtswahl dahinstehen. Ob Eingriffsnormen in Verfahren vor Schiedsgerichten anzuwenden sind, ist in der internationalen Schiedsge-

³¹⁵ Vgl. bspw. hierzu ausführlich *Gößling*, Europäisches Kollisionsrecht und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 11 ff. m. w. N.

³¹⁶ *Mankowski*, RIW 2011, 30, 30; *Kreindler / Schäfer / Wolff*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, S. 8, Rn. 21 zufolge enthielten über 70 % der internationalen Verträge im Wirtschaftsverkehr eine Schiedsklausel; *Berger*, RIW 1994, 12, 12 spricht davon, dass fast 90 % aller grenzüberschreitender Wirtschaftsverträge eine Schiedsklausel enthielten; mit ähnlicher Aussage zur Verdrängung der Gerichtsstandvereinbarung durch Schiedsvereinbarung *Hausmann*, in: Reithmann / Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 8.181; 63 % der befragten europäischen Unternehmen präferieren Schiedsverfahren gegenüber staatlichen Gerichtsverfahren für grenzüberschreitende Transaktionen gemäß der Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 48, S. 45; *Hesse*, in: FS Böckstiegel, 2001, 277, 280 hält 80–90 % durchaus realistisch.

³¹⁷ *Böckstiegel*, in: FS Elsing 2015, 29, 30; *O'Hara / Ribstein*, The Law Market (2009), Arbitration and the Law Market, S. 85, 86; *Rosengarten*, in: Brödermann / Rosengarten, IPR/IZVR, 8. Aufl. 2019, Rn. 738 spricht davon, dass die Wahl des Schiedsverfahrens im internationalen Wirtschaftsverkehr weit häufiger erfolge als in rein nationalen Fällen.

³¹⁸ *Kröll*, NJW 2017, 864, 864.

³¹⁹ *Lenkaitis / Löwisch*, ZIP 2009, 441, 448 merken dieses Risiko der Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB im Zusammenhang mit Schiedsgerichten an.

richtsbarkeit umstritten.³²⁰ Die Anwendung des Art. 9 und Art. 21 Rom I-VO als zwingendes Recht und *ordre public* im Schiedsverfahren wird diskutiert.³²¹ Wie oben jedoch bereits festgestellt, sind die §§ 305 ff. BGB zumindest im unternehmerischen Rechtsverkehr weder Eingriffsnormen i.S.d. Art. 9 Rom I-VO noch Vorschriften des *ordre public*.³²² Die Voraussetzungen der Vollstreckung eines inländischen Schiedsspruchs in Deutschland richten sich nach § 1060 ZPO, wonach eine Aufhebung nach den gesetzlich normierten Aufhebungsgründen des § 1059 Abs. 2 ZPO möglich ist.³²³ Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Deutschland richtet sich gem. § 1061 Abs. 1 S. 1 ZPO nach den Vorschriften des UN-Übereinkommen vom 10.6.1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (New Yorker Übereinkommen/NYÜ/New York Convention).³²⁴ Das NYÜ bietet dabei ein durchsetzungsfreundliches Regime (*pro-enforcement-Regime*), bei dem nur unter begrenzten Gründen die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen versagt werden darf.³²⁵ Da die §§ 305 ff. BGB bereits keine international zwingenden Eingriffsnormen sind, noch dem materiellrechtlichen *ordre public* unterfallen, ist es erst recht nicht gerechtfertigt, die §§ 305 ff. BGB als zu berücksichtigende Normen des anerkennungsrechtlichen *ordre public* zu beachten.

Die Analyse der Wirksamkeit der Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB als einfachem zwingendem nationales Recht in unternehmerischen Verträgen bei schiedsgerichtlicher Streitbeilegung teilt sich gleichfalls in die Analyse vor Schiedsgerichten mit Sitz in der EU (Ziff. I) und Schiedsgerichten mit Sitz außerhalb der EU am Beispiel der Schweiz und Englands post-Brexit (Ziff. II) auf. Die Unterscheidung ergibt sich aufgrund des unterschiedlichen Rechtsrahmens innerhalb und außerhalb des theoretischen Geltungsbereiches der Rom I-VO.

I. Sitz des Schiedsgerichts innerhalb der EU

Ob deutsches AGB-Recht trotz ausländischer Rechtswahl in Handelsverträgen durchgreift, hängt für Schiedsgerichte mit Sitz in der EU von der Beurtei-

³²⁰ Mankowski, RIW 2011, 30, 42; Czernich, RIW 2016, 701, 701; Born, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13.03 [B][4], S. 255.

³²¹ Born, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13.03 [B], S. 253 ff.

³²² S.o. Kapitel 2 – A.I.3 und Kapitel 2 – A.I.4.

³²³ Siehe hierzu im Detail auch: Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl. 2016, Rn. 655 ff.

³²⁴ Siehe hierzu im Detail: Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl. 2016, Rn. 694 ff.

³²⁵ Redfern/Hunter, 2015, Rn. 11.107; Born, International Arbitration and Forum Selection Agreements, 2016, S. 9.

lung deren Bindung an die Rom I-VO ab. Im Grundsatz besteht Parteiautonomie als Grundprinzip des internationalen Schiedsverfahrens und somit Rechtswahlfreiheit des materiell anwendbaren Rechts auf die Vertragsverhältnisse der Parteien vor Schiedsgerichten.³²⁶ Auch wenn Übereinstimmung dahingehend besteht, dass im Grundsatz Parteiautonomie vor Schiedsgerichten besteht, ist umstritten, ob Schiedsgerichte mit Sitz innerhalb der EU an die Rom I-VO gebunden sind.³²⁷ Würde man eine Bindung bejahen, wären in der Konsequenz Schiedsgerichte mit Sitz in der EU an Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO gebunden und folglich würde bei reinen deutschen Inlandssachverhalten das deutsche AGB-Recht im B2B-Verkehr auch vor ausländischen Schiedsgerichten trotz ausländischer Rechtswahl zur Anwendung kommen. Darüber hinaus wäre ohne eine Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO die Wahl nichtstaatlicher Regelwerke vor Schiedsgerichten möglich, da Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO nicht greifen würde.

1. Diskussion um Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO

Ob Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht gebunden sind, war bereits vor der Rom I-VO umstritten.³²⁸ Neue Aktualität in die Diskussion um eine Bindung der Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht brachte Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom I-VO, der als Aufhänger der Streitfrage, ob der Ausschluss des Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom I-VO als „eng“ oder „weit“ zu verstehen ist, genutzt wird.³²⁹ Die Norm des Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom I-VO nimmt aus dem

³²⁶ Redfern / Hunter, 2015, Rn. 3.97; Born, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13.03 [A], S. 251; Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl. 2016, Rn. 375.

³²⁷ Staudinger / Magnus, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 74; Mankowski, RIW 2011, 30, 30; ders. RIW 2018, 1, 1; Martiny, in: Reithmann / Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 1.103; Hausmann, in: Reithmann / Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 8.407; Born, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 1.08[E], § 13.02[C][D]; MüKo / Martiny, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Vorb. zu Art. 1 Rom I-VO, Rn. 102 (zur Diskussion und i.E. eine Bindung ablehnend); Grimm, SchiedsVZ 2012, 189 ff.; Schilf, RIW 2013, 678 ff.; Nueber, SchiedsVZ 2014, 186 ff.; Pfeiffer, NJW 2012, 1169; ausführlich zum Streit außerdem: Gößling, Europäisches Kollisionsrecht und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 64 ff.

³²⁸ Hausmann, in: Reithmann / Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 8.407; Martiny, in: Reithmann / Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 1.103 (dort Fn. 8) m. w. N.

³²⁹ Ebenfalls auf diese neue Aktualität der Debatte hinweisend bspw.: Mankowski, RIW 2011, 30, 30 ff.; ders. RIW 2018, 1, 1; Hausmann, in: Reithmann / Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 8.407, 8.412 ff.; Martiny, in: Reithmann / Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 1.103; Schilf, RIW 2013, 678, 679; Ferrari / Kieninger, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 19; De Miguel Asensio, The Rome I and Rome II Regulations in International Commercial Arbitration, in: The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration, 2017, Ferrari

Anwendungsbereich der Rom I-VO „Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen“ aus. Teile der Literatur befürworten eine Bindung der Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht und mithin in der EU an die Rom I-VO.³³⁰ Eine Rechtswahl bedürfe zur Durchsetzung einen Bezug zu einem Rechtssystem, das ihr Geltung verleihe, wofür die Wahl eines Regelwerkes von Kollisionsnormen erforderlich sei.³³¹ Die Grenzen des Freiraums der Schiedsgerichtsbarkeit würden demnach dort erreicht, wo zwingendes deutsches Recht entgegenstehe.³³² Hingegen wird auch weit verbreitet vertreten, dass die Rom I-VO im Schiedsverfahren nicht anwendbar ist.³³³ Schiedsgerichte könnten sich zwar an die Maßstäbe gesetzlicher Kollisionsnormen wie der Rom I-VO orientieren, seien aber nicht an sie gebunden.³³⁴ Die Diskussion hangelt sich anhand verschiedener Aspekte entlang.³³⁵

Zunächst wird diskutiert, ob der Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom I-VO weit oder eng auszulegen ist und somit die gesamte Schiedsgerichtsbarkeit von ihrer Ausnahme umfasst³³⁶ oder sich lediglich auf die Schiedsvereinbarung beschränke und folglich nur diese aus dem Anwendungsbereich der

(Hrsg.), S. 177, 187; zur Diskussion auch im englischen Recht: *Dicey, Morris and Collins*, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 32-021.

³³⁰ *Mankowski*, RIW 2018, 1 ff. m.w.N.; *ders.* RIW 2011, 30; *v. Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 1010 f.; *McGuire*, *SchiedsVZ* 2011, 257; *Hartenstein*, *TranspR* 2010, 261, 264 ff.; *Zöller / Geimer*, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1051 ZPO, Rn. 2 (befürwortet die Geltung des staatlichen Kollisionsrechts am Sitz des Schiedsgerichtes; äußert hingegen Zweifel ggü. einer Bindung an die Rom I-VO); *MüKoZPO / Münch*, 5. Aufl. 2017, § 1051, Rn. 9; *Gößling*, *Europäisches Kollisionsrecht und internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, 2019, S. 114.

³³¹ *Born*, *International Arbitration: Law and Practice*, 2. Aufl. 2016, § 13.03 [A], S. 251.

³³² *v. Bar / Mankowski*, IPR I, 2. Aufl., 2003, § 2 Rn. 83.

³³³ *Martiny*, in: *Reithmann / Martiny*, *Internationales Vertragsrecht*, 8. Aufl. 2015, Rn. 1.103; *Hausmann*, in: *Reithmann / Martiny*, *Internationales Vertragsrecht*, 8. Aufl. 2015, Rn. 8.412 ff. (8.415); *Redfern / Hunter*, 2015, Rn. 3.220 – empfiehlt es, der Ansicht zu folgen, dass Schiedstribunale keinen staatlichen Kollisionsnormen unterliegen; *Schütze*, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 6. Aufl. 2016, Rn. 504 f.; *Nueber*, *SchiedsVZ* 2014, 186 ff. (188); *Ostendorf*, *SchiedsVZ* 2010, 234, 237; *Pfeiffer*, *EuZW* 2008, 622, 623 – ist gegen eine Bindung, will aber die Rom I-VO als „persuasive authority“ bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts, namentlich in Fällen ohne Rechtswahl, heranziehen; *Pfeiffer*, *NJW* 2012, 1169, 1170 f.; *Kondring*, *RIW* 2010, 184, 189 ff.; *Kramer*, *EU Overriding Mandatory Law and the Applicable Law on the Substance in International Commercial Arbitration*, in: *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, 2017, Ferrari (Hrsg.), S. 285, 297; *MüKo / Martiny*, *Int. PrivatR II*, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 102; *Thorn / Thon*, in: *FS Kronke* 2020, 569, 576 ff.

³³⁴ *Martiny*, in: *Reithmann / Martiny*, *Internationales Vertragsrecht*, 8. Aufl. 2015, Rn. 1.104; *Hausmann*, in: *Reithmann / Martiny*, *Internationales Vertragsrecht*, 8. Aufl. 2015, Rn. 8.415; *Pfeiffer*, *EuZW* 2008, 622, 623.

³³⁵ Siehe bspw. ausführliche Diskussion bei: *Mankowski*, *RIW* 2018, 1 ff.

Rom I-VO ausnimmt, nicht aber die den Gegenstand des Schiedsverfahrens bildenden (Haupt-)Verträge.³³⁷ Für eine weite Auffassung der Ausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom I-VO wird angebracht, dass beim Inkrafttreten der Rom I-VO keine bewusste Abkehr von der Rechtslage unter dem EVÜ durch den europäischen Gesetzgeber ausgedrückt wurde, was dafür spreche, dass es keine Änderung allein durch Inkrafttreten der Rom I-VO bezüglich der Bindungswirkung gegenüber Schiedsgerichten geben sollte.³³⁸ Dem halten die Vertreter der Auffassung einer engen Auslegung der Art. 1 Abs. 2 lit. e-Ausnahme entgegen, dass das Stillschweigen des ansonsten ausführlich erfolgten *Giuliano/Lagarde*-Bericht³³⁹ zum EVÜ als Vorgängerübereinkommen zur Rom I-VO zum Aspekt, ob die „Schiedsgerichtsbarkeit“ oder aber die „IPR-Frage in Schiedsverfahren“ umfasst werden sollten oder nicht, nahelege, dass nicht ausgeschlossen sein sollte, was nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden ist.³⁴⁰ Der deutsche Gesetzgeber hielt zudem unter Verweis auf den *Giuliano / Lagarde*-Bericht zum EVÜ die Kollisionsregeln des EVÜ auch im Schiedsverfahren verbindlich.³⁴¹ Zudem zeige sich den Vertretern der engen Auslegung zufolge die enge Auffassung auch im Kontrast zur weiten Ausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. d Brüssel I-VO, der die „Schiedsgerichtsbarkeit“ herausnimmt.³⁴² Der Vergleich mit dem Internationalen Zivilverfahrensrecht werde durch den Erwägungsgrund (7) der Rom I-VO unterstützt, der ein „im Einklang stehen“ der Rom I-VO mit der Brüssel I-VO bei der Anwendung und der Bestimmungen der Rom I-VO fordere. Nichts anderes ergebe sich hinsichtlich der zwar erst nach der Rom I-VO verfassten Brüssel Ia-VO, die in Art. 1 Abs. 2 lit. d die „Schiedsgerichtsbarkeit“ aus dem Anwendungs-

³³⁶ Diese Ansicht vertritt bspw.: *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 5.07; *Schilf*, RIW 2013, 678, 685; *Kramer*, EU Overriding Mandatory Law and the Applicable Law on the Substance in International Commercial Arbitration, in: The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration, 2017, Ferrari (Hrsg.), S. 285, 297.

³³⁷ Für diese enge Auslegung sprechen sich aus: *Mankowski*, RIW 2018, 1, 4; *ders.*, RIW 2011, 30, 30 f.; v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 1011; *McGuire*, SchiedsVZ 2011, 257, 262; *Gößling*, Europäisches Kollisionsrecht und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 112.

³³⁸ *Schilf*, RIW 2013, 678, 685.

³³⁹ „Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von Herrn Mario Giuliano, Professor an der Universität Mailand, und Herrn Paul Lagarde, Professor an der Universität Paris I“, Amtsblatt Nr. C 282 vom 31/10/1980 S. 0001–0050 (abrufbar unter: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031\(01\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031(01)&from=IT)>).

³⁴⁰ *Mankowski*, RIW 2011, 30, 33; *Mankowski*, RIW 2018, 1, 2; v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 1010.

³⁴¹ BT-Drs. 13/5274, S. 52; *Zöllner / Geimer*, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1051 ZPO, Rn. 2.

³⁴² *Mankowski*, RIW 2011, 30, 31; *Mankowski*, RIW 2018, 1, 2; v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 1011; *Quinke*, Börsenschiedsvereinbarungen und prozessualer Anlegerschutz, 2005, S. 295; *Zobel*, Schiedsgerichtsbarkeit und Unionsrecht, 2005, S. 53.

bereich der Verordnung herausnehme. Zudem bringen die Vertreter für die enge Auffassung an, dass auch die Systematik des Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom I-VO zeige, dass sich der Ausschluss nur auf die Schiedsvereinbarung selbst beziehen solle, da „Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarung“ in unmittelbarem Zusammenhang stehen und daher gleichbehandelt werden müssen.³⁴³

Die Gegner der Bindungsthese stützen ihre Ansicht weiter darauf, dass eine Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO zu mehr Rechtsunsicherheit durch Rechtszersplitterung führen würde, da beispielsweise Rechtsunsicherheit durch Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO hervorgerufen werden könne.³⁴⁴ Schiedsgerichte seien keine staatlichen Vollzugsorgane, was ihnen erlaube, ein aufgelockertes Verhältnis zum Recht des Staates, in dem sie ihren Sitz haben, zu haben.³⁴⁵ Es bestehe ein Sonderkollisionsrecht für Schiedsgerichte.³⁴⁶ Schiedsrichter hätten die Pflicht, den Willen der Parteien hinsichtlich der Wahl des anwendbaren Rechts auf ihren Rechtsstreit zu respektieren.³⁴⁷ Die durch das NYÜ geschützte Parteiautonomie würde bei einer Bindung der Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht „schleichend ausgehöhlt werden“, was eine ungerechtfertigte Missachtung der Parteiautonomie durch das Schiedsgericht darstellen würde.³⁴⁸ Das NYÜ stelle den Parteiwillen auch gerade hinsichtlich des anwendbaren Rechts über das Ordnungsinteresse einzelner Staaten.³⁴⁹ Dem halten die Befürworter einer Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO entgegen, dass sich ein Schiedsverfahren nicht in einem „legal vacuum“ befinde.³⁵⁰ Auch im Hinblick auf die Schiedsgerichtsbarkeit bestehe der Grundsatz, dass Autonomie für Privatpersonen immer nur vom staatlichen Recht verliehen werden könne und Privatpersonen über keine originäre Rechtssetzungsgewalt verfügen.³⁵¹ Wie weit die Schiedsgerichte vom Anwendungsbereich der Rom I-VO ausgenommen seien, bestimme sich nach dem Anwendungsanspruch der Rom I-VO.³⁵² Schon die Befugnis, einen Rechtsstreit nicht vor staatlichen, sondern vor privaten Ge-

³⁴³ *Mankowski*, RIW 2011, 30, 31; v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 1011.

³⁴⁴ *Schilf*, RIW 2013, 678, 681 und 685; *Grimm*, SchiedsVZ 2012, 189, 191ff, 200.

³⁴⁵ *Czernich*, RIW 2016, 701, 702; *Freitag*, in: Reithmann / Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 5.15; *Hausmann*, in: Reithmann / Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 8.428; *De Miguel Asensio*, The Rome I and Rome II Regulations in International Commercial Arbitration, in: The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration, 2017, Ferrari (Hrsg.), S. 177, 182.

³⁴⁶ *Schilf*, RIW 2013, 678, 685; *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl. 2016, Rn. 503 ff.; *Pfeiffer*, NJW 2012, 1169, 1170.

³⁴⁷ *Gaillard*, in: Newman / Hill, The leading arbitrators' guide 2014, chapter 18, S. 451.

³⁴⁸ *Schilf*, RIW 2013, 678, 683.

³⁴⁹ *Schilf*, RIW 2013, 678, 684.

³⁵⁰ *Redfern / Hunter*, 2015, Rn. 3.03, 3.04.

³⁵¹ v. *Bar / Mankowski*, IPR I, 2. Aufl., 2003, § 2 Rn. 76.

³⁵² v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 1013.

richten auszutragen, gehe allein auf die vom staatlichen Recht gewährte Vertragsfreiheit zurück.³⁵³ Es bestünden trotz der generellen Rechtswahlfreiheit im Schiedsrecht Grenzen für diese Freiheit.³⁵⁴ Zudem gehe der EuGH spätestens seit der *Eco Swiss*-Entscheidung³⁵⁵ ganz selbstverständlich von der Anwendung europäischen Rechts durch Schiedsgerichte aus.³⁵⁶ Außerdem sei diese Wertung noch *Ingmar*,³⁵⁷ *Mostaza Claro*,³⁵⁸ und *Asturcom Telecomunicaciones*³⁵⁹ zu entnehmen.³⁶⁰ Zumindest gelte der europäische *ordre public* im Schiedsverfahren.³⁶¹ Allein die angebliche „Ungeeignetheit“ des staatlichen Kollisionsrechts sei kein Grund gegen eine Bindung der Schiedsgerichte an staatliches IPR.

Letztlich ranken sich weitere Argumentationsstränge der Diskussion darum, dass gegen eine Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO spreche, dass in der Praxis bereits vielfältige Anerkennung der Wahl von nichtstaatlichem Recht – beispielsweise den *UNIDROIT Principles* und den *Principles of European Contract Law* – durch Schiedsgerichte und Gerichte erfolgt sei.³⁶² Auch würden internationale Schiedsgerichte zunehmend statt eines nationalen Rechts die *lex mercatoria* anwenden.³⁶³ Auf diese Weise werde auf mittelbare Art ein Sonderrecht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit akzeptiert.³⁶⁴

Im deutschen Kontext wird die Diskussion um eine Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO um ein weiteres Argument ergänzt, indem die Gegner einer Bindung der Schiedsgerichte die Norm des § 1051 ZPO für Ihre Argumentation heranziehen. So wird vertreten, dass § 1051 ZPO – und nicht die Rom I-VO – die anwendbare Kollisionsnorm für Schiedsgerichte mit Sitz in Deutschland sei.³⁶⁵ Durch die Verdrängung der Rom I-VO durch § 1051

³⁵³ v. Bar / Mankowski, IPR I, 2. Aufl., 2003, § 2 Rn. 76.

³⁵⁴ Redfern / Hunter, 2015, Rn. 3.128.

³⁵⁵ EuGH, 1.6.1999 – Rs. C-126/97, Slg. 1999, I-3055 – *Eco Swiss China Time Ltd / Benetton International NV*.

³⁵⁶ Mankowski, RIW 2011, 30, 36; v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 1019; Quinke, Börsenschiedsvereinbarungen und prozessualer Anlegerschutz, 2005, S. 298.

³⁵⁷ EuGH, 9.11.2000 – Rs. C-381/98, Slg. 2000, I-9305, Rn. 14-26 – *Ingmar GB Ltd / Eaton Leonard Technologies, Inc.*

³⁵⁸ EuGH, 26.10.2006 – Rs. C-168/05, Slg. 2006, I-10421, Rn. 35-39 – *Elisa María Mostaza Claro / Centro Móvil Milenium SL*.

³⁵⁹ EuGH, 6.10.2009 – Rs. C-40/08, Slg. 2009, I-9579, Rn. 37-59 – *Asturcom Telecomunicaciones SL/Cristina Rodríguez Nogueira*.

³⁶⁰ So: v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 1019.

³⁶¹ Mankowski, RIW 2011, 30, 36.

³⁶² Schilf, RIW 2013, 678, 689 m. w. N.

³⁶³ Martiny, in: Reithmann / Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 2.47.

³⁶⁴ Martiny, in: Reithmann / Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 2.48.

ZPO wäre auch die Norm des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO im Schiedsverfahren nicht anwendbar, sodass die AGB-Regeln der §§ 305 ff. BGB auch in reinen Inlandsfällen ausgeschlossen werden könnten.³⁶⁶ Auf diese Weise könne folglich die Anwendung des deutschen Rechts mit Ausnahme des AGB-Rechts (§§ 305 ff. BGB) auch bei reinen Inlandssachverhalten in Unternehmensverträgen vereinbart werden und ein darauf basierender Schiedsspruch könne nicht wegen *ordre public*-Widrigkeit gem. § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO kassiert werden solange ein aus § 242 BGB abgeleiteter Mindeststandard an materieller Gerechtigkeit gewahrt wäre.³⁶⁷ Diese Ansicht stützt sich unter anderem darauf, dass auch eine Billigkeitsentscheidung der Schiedsgerichte gem. § 1051 Abs. 3 ZPO zulässig ist. Würde man bei solchen Billigkeitsentscheidungen keine Bindung an zwingendes Recht annehmen, in reinen Inlandsfällen im Schiedsverfahren hingegen schon, sei dies widersprüchlich.³⁶⁸ Da auch Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO aufgrund des Vorrangs des § 1051 ZPO im Schiedsverfahren nicht anwendbar sei, wäre vor Schiedsgerichten in Deutschland die Wahl eines nichtstaatlichen Regelwerkes möglich.³⁶⁹ Anders als Art. 3 Rom I-VO, der vom „gewählten Recht“ spricht, bestimmt § 1051 Abs. 1 S. 1 ZPO dem Schiedsgericht, „[...] die Streitigkeit in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften zu entscheiden, [...]“. Das hätte zur Folge, dass auch einfach zwingendes Recht – somit auch das deutsche AGB-Recht im B2B-Verkehr – durch die Wahl nichtstaatlichen Rechts im Schiedsverfahren abwählbar wäre. Zudem ist es Ansicht der Gegner einer Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO, dass nach Maßgabe des § 1051 ZPO auch eine Teilrechtswahl des deutschen Rechts mit Ausnahme der §§ 305–310 BGB möglich ist.³⁷⁰ Den Argumentationen auf Grundlage des § 1051 ZPO halten die Befürworter einer Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO jedoch entgegen, dass § 1051 ZPO durch den Anwendungsvorrang der Rom I-VO in den Anwendungsbereichen der Rom I-VO verdrängt wird.³⁷¹ Die

³⁶⁵ Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl. 2016, Rn. 504; *Valdini*, ZIP 2017, 7, 8; *Schilf*, RIW 678 ff. (686); *Pfeiffer*, NJW 2012, 1169, 1170.

³⁶⁶ Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl. 2016, Rn. 504 und 513; *Hausmann*, in: Reithmann / Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 8.430.

³⁶⁷ So *Zöller / Geimer*, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1051 ZPO, Rn. 2.

³⁶⁸ So bspw. *Pfeiffer*, NJW 2012, 1169, 1171.

³⁶⁹ Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl. 2016, Rn. 513; *Valdini*, ZIP 2017, 7, 8; *Voit*, in: Musielak / Voit, ZPO, 16. Aufl., 2019, § 1051 ZPO, Rn. 2; *Wegen / Asbrand*, RIW 2016, 557, 560.

³⁷⁰ *Pfeiffer*, NJW 2012, 1169, 1174.

³⁷¹ *Mankowski*, RIW 2018, 1, 15; *ders.*, RIW 2011, 30, 44; v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 1016; *Gößling*, Europäisches Kollisionsrecht und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 113 – dieser weist darauf hin, dass dem § 1051 ZPO ein eigener Anwendungsbereich verbleibt in Fällen in denen die Parteien ein Schiedsverfahren mit Sitz außerhalb der EU haben und das deutsche Schiedsverfahrensrecht im Wege eines *opting in* als Verfahrensstatut wählen (a. a. O. S. 114).

Normenhierarchie mit dem verdrängenden Anwendungsvorrang des Unionsrechts gewähre der Rom I-VO Vorrang.³⁷²

Durch die Gerichte besteht zur Frage der Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO noch keine ausdrückliche Positionierung. Zwar stützen Befürworter die Bindung der Schiedsgerichte auf ein *obiter dictum* des Obersten Gerichtshofs Österreichs (OGH Österreich)³⁷³, sowie eine Entscheidung des OLG München^{374, 375}. Im Übrigen beschränken sich die Gerichte darauf, dass der Rechtsgedanke der Rom I-VO herangezogen werden könne. Beispielsweise hat sich das OLG München für eine Zugrundelegung des Rechtsgedankens von Art. 4 Abs. 3 oder Abs. 4 Rom I-VO in seinem Urteil ausgesprochen.³⁷⁶ Gleichfalls hat der BGH statuiert, dass auch wenn die Rom I-VO auf Schiedsvereinbarungen aufgrund des Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom I-VO keine unmittelbare Anwendung findet, dass dies nicht daran hindere, den den Regelungen der Rom I-VO zugrundeliegenden Rechtsgedanken auch auf das Schiedsverfahren zu übertragen.³⁷⁷ Bis zu einer höchstgerichtlichen Entscheidung oder Kodifikation wird diese Frage jedoch wohl weiterhin zwei Antwortmöglichkeiten haben. Dabei hat sie erhebliche Auswirkungen und weitreichende finanzielle Nachwirkungen für die am Verfahren beteiligten.³⁷⁸

2. Konsequenzen der Streitfrage für die Abwahlmöglichkeiten des deutschen AGB-Rechts

Eine Bindung der Schiedsgerichte an die Vorschriften der Rom I-VO hätte vier Einschränkungen für die unternehmerisch Rechtswahl und Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB zur Folge: Erstens ginge bei einer Bindung die

³⁷² Mankowski, RIW 2018, 1, 18.

³⁷³ OGH (Österreich), 23.6.2015 – 18 OCg 1/15v, S. 15 – vgl. auch Mankowski, RIW 2018, 1, 1.

³⁷⁴ OLG München, Urt. v. 17.5.2006 – 7 U 1781/06 = IPRax 2007, 322 ff.

³⁷⁵ So, siehe: v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 1019 dort Fn. 2712.

³⁷⁶ OLG München, Beschl. v. 24.11.2016 – 34 SchH 5/16, Rn. 39.

³⁷⁷ BGH, Urt. v. 8.5.2014 – III ZR 371/12, Rn. 23 = SchiedsVZ 2014, 151, 153 m. Anm. Schütze, SchiedsVZ 2014, 274 ff. (276), der hierin betont, dass sich zwar eine analoge Anwendung der kollisionsrechtlichen Prinzipien der Rom I-VO auf die Schiedsgerichtsbarkeit rechtfertigen ließe, wengleich die Rom I-VO nicht unmittelbar auf die Schiedsgerichtsbarkeit anwendbar sei.

³⁷⁸ Was Gaillard zufolge bereits einige ICC-Fälle zeigen würden: Gaillard, in: Newman / Hill, The leading arbitrators' guide 2014, chapter 18, S. 437 mit Hinweis auf: ICC Case No. 10625 – Anwendung portugiesischen Rechts, welches Haftungsbeschränkungsklauseln verbietet; ICC Case No. 8450 – Anwendung des Rechtes des Staates New York, welches Strafschadensersatz (*punitive damages*) zulässt und mithin die Frage, ob dies gegen die internationale öffentliche Ordnung (*international public policy*) verstößt, ausgeklammert wurde. Beide Schiedssprüche sind unveröffentlicht, aber Hinweis auf Fälle aus Gaillard, in: Newman / Hill, The leading arbitrators' guide 2014, chapter 18, S. 440 ff.

Wahlmöglichkeit nichtstaatlicher Regelwerke vor Schiedsgerichten verloren. Unternehmen könnten vor Schiedsgerichten bei einer Bindung an die Rom I-VO nicht durch die Wahl eines nichtstaatlichen Regelwerkes, wenn im Übrigen deutsches Recht Anwendung finden würde, die Anwendung der §§ 305 ff. BGB ausschließen. Für die Abwahl des deutschen AGB-Rechts würde dies bedeuten, dass die Wahl nichtstaatlicher Regelwerke ergänzt werden würde durch das gemäß der Rom I-VO objektiv anwendbar bestimmte Vertragsrecht.

Zweitens wäre bei einer Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO eine Rechtswahlklausel des deutschen materiellen Rechts mit Ausnahme der §§ 305–310 BGB vor Schiedsgerichten unwirksam, die nach Ansicht der Gegner der Bindungsthese im Rahmen des § 1051 ZPO möglich sein sollte.³⁷⁹

Drittens bestünde in der Folge einer Bindung auch im Schiedsrecht nur eine Zulässigkeit der Rechtswahl bei Verträgen mit Auslandsbezug. Wären Schiedsgerichte an die Rom I-VO gebunden, würde Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO in Schiedsverfahren mit Sitz in der EU den §§ 305 ff. BGB in reinen Inlandssachverhalten zur Geltung verhelfen. Lehnte man eine Bindung der Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht ab, so würde die deutsche AGB-Kontrolle bei ausländischer Rechtswahl vor Schiedsgerichten in der EU auch in reinen deutschen Inlandssachverhalten nicht durchgreifen. Inwieweit die Relevanz des reinen Inlandsfalles vor Schiedsgerichten mit Sitz in der EU ist, ist nicht statistisch erhoben. Zu vermuten ist lediglich, dass die Anzahl der reinen deutschen Inlandssachverhalte, in denen die Parteien trotz fehlendem Auslandsbezug ausländisches Recht als auf den Vertrag anwendbares materielles Recht wählen, keine so hohe praktische Bedeutung in Schiedsverfahren hat.

Viertens wäre durch eine Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO die Möglichkeit der Parteien, dem Schiedsgericht eigenformulierte oder institutionelle Kollisionsnormen aufzuerlegen, versperrt. Der Verlust dieser Möglichkeit hätte für das AGB-Recht folgende Auswirkungen: Wenn die Parteien als Kollisionsnormen solche wählen oder formulieren, die keine dem Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ähnliche Bestimmung enthalten, könnten die §§ 305 ff. BGB auch bei reinen Inlandsfällen umgangen werden. Nimmt man eine Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO jedoch an, so entfällt diese Möglichkeit des Umschiffens der deutschen AGB-Kontrolle in reinen deutschen Inlandsfällen.

In Fällen, in denen zur Umgehung der §§ 305 ff. BGB eine Schiedsklausel in den Vertrag aufgenommen wurde, hat die Frage einer Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO somit hohe Relevanz. Bei Fragen, ob Haftungsausschlussklauseln anhand der §§ 305 ff. BGB wirksam sind oder nicht, kann sich dies um hohe wirtschaftliche Summen in der Streitbeilegung handeln.

³⁷⁹ Vgl. diesbezüglich bspw. Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1172 ff.

3. Durchsetzbarkeit einer Bindung der Schiedsgerichte in der Praxis?

Zusätzlich zu den vier aufgezeigten Konsequenzen der Frage der Bindung der Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht, stellt sich jedoch im Endeffekt die Frage nach einer Durchsetzbarkeit einer theoretischen Bindung der Schiedsgerichte an zwingendes Recht unterhalb der Schwelle des *ordre public* in der Praxis.³⁸⁰ Eine Missachtung der Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO wäre gerade ein Verstoß unterhalb der Schwelle des *ordre public*, sodass die Grenze der §§ 305 ff. BGB in reinen deutschen Inlandssachverhalten gerade ein Beispiel dieser fraglichen Konstellation darstellt. Zweifel an einer Abwehrmöglichkeit vor den staatlichen Gerichten gegen einen Verstoß des Schiedsgerichtes gegen staatliches Kollisionsrechts unterhalb der Schwelle des *ordre public* bestehen bereits bei einer Entscheidung des Schiedsgerichts nach den Regeln des Rechts und erst recht bei einer Billigkeitsentscheidung des Schiedsgerichts.

a) Schiedsgerichtliche Entscheidung nach Rechtsregeln

Es ist zweifelhaft, ob eine Missachtung des staatlichen Kollisionsrechts durch Schiedsgerichte bei einer Entscheidung des Schiedsgerichts nach Rechtsregeln vor den staatlichen Gerichten gerügt werden kann, wenn dieser Verstoß unterhalb der Schwelle des *ordre public* verbleibt. Bei einer Entscheidung des Schiedsgerichts nach den Regeln des Rechts hätten Schiedsgerichte in der Theorie bei Annahme einer Bindung an die Rom I-VO deren kollisionsrechtliche Vorschriften zu beachten. So wäre beispielsweise zwingendes Recht in reinen Inlandssachverhalten aufgrund des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO vor Schiedsgerichten zu berücksichtigen. Einzige Kontrollmöglichkeit einer Beachtung der Vorschriften der Rom I-VO durch das Schiedsgericht bliebe den staatlichen Gerichten gleichwohl lediglich im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren. Um aufgrund einer Missachtung der Vorschriften der Rom I-VO die Anerkennung und Vollstreckung zu versagen, müsste die Missachtung des Kollisionsrechts ein anerkannter Versagungsgrund sein. Da die Bestimmung des anwendbaren Rechts anhand kollisionsrechtlicher Regelungen

³⁸⁰ Ebenfalls zum Problem einer Nicht-Durchsetzbarkeit einer Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO, da eine Missachtung der Kollisionsregeln im Schiedsverfahren in einem späteren Anerkennungsverfahren nicht zur Ablehnung des Awards führt, äußert sich *Grimm*, *SchiedsVZ* 2012, 189, 191 ff. (198); ebenso hinweisend auf die fehlende Sanktionsmöglichkeit bei Anwendung „falscher“ Kollisionsregeln durch ein Schiedsgericht unterhalb der Schwelle des materiellen *ordre public*: *Thorn/Thon*, in: *FS Kronke* 2020, 569, 576; gleichfalls auf die sehr zurückhaltende Prüfung des Schiedsspruchs durch die staatlichen Gerichte, auch hinsichtlich des anwendbaren Rechts hinweisend *MüKoZPO/Münch*, 5. Aufl. 2017, § 1059, Rn. 7 und 20; ebenfalls zur Divergenz zwischen gesetzlichen Vorgaben und der späteren Praxis der Schiedsgerichte im Zusammenhang mit den Normen des EVÜ: *Zobel*, *Schiedsgerichtsbarkeit und Unionsrecht*, 2005, S. 107.

als Teil der Rechtsanwendung angesehen wird, führt dessen Unrichtigkeit jedoch nicht zu einer Aufhebung des Schiedsspruchs gemäß des Aufhebungsgrundes des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 d Var. 2 ZPO (Verbot der *révision au fond*)³⁸¹ und bei ausländischen Schiedssprüchen gem. § 1061 Abs. 1 ZPO nach Maßgabe des Art. V NYÜ.³⁸² Eine Kontrolle der richtigen Anwendung des Kollisionsrechts durch das Schiedsgericht im staatlichen Verfahren findet ebenso wenig wie bei der Anerkennung ausländischer Entscheidungen staatlicher Gerichte nicht statt.³⁸³ Einzige Grenze hierbei besteht, wenn das Schiedsgericht bewusst willkürlich in seiner Entscheidung eine andere Rechtsordnung zugrunde legt, als sie von den Parteien eindeutig und einvernehmlich fixiert worden war, was ein Verstoß gegen § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO darstellt,³⁸⁴ oder aber ein *ordre public*-Verstoß.³⁸⁵ Dies entzieht größtenteils die richtige Berücksichtigung des Kollisionsrechts im Schiedsverfahren der staatlichen Kontrolle. Eine Bindung an die Rom I-VO wäre folglich nicht durch staatliche Kontrollen nach derzeitiger Rechtslage durchsetzbar. Einzig die Grenze der Willkür verbleibt der staatlichen Überprüfung im Rahmen einer Versagung anhand des *ordre public* in Extremfällen.

Für die Beachtung der §§ 305 ff. BGB im Schiedsverfahren folgt daraus, dass diesem einzig in Extremfällen des *ordre public* im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren Grenzen gesetzt werden. Dies bedeutet konsequenterweise, dass eine Missachtung der Bindung der Schiedsgerichte in reinen deutschen Inlandssachverhalten oder bei Anwendbarkeit des deutschen Rechts als anwendbares Sachrecht an die Normen der deutschen AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr ohne Auswirkung verbleibt. Da die Normen der §§ 305 ff. BGB im B2B-Verkehr lediglich einfach zwingendes Recht sind und nicht zum *ordre public* gehören,³⁸⁶ begründet eine Abweichung des Schiedsgerichts von den §§ 305 ff. BGB als zwingende Vorschriften des innerstaatlichen Rechts auch im Falle eines inländischen

³⁸¹ Voit, in: Musielak / Voit, ZPO, 16. Aufl., 2019, § 1059 ZPO, Rn. 18; Zöllner / Geimer, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1059 ZPO, Rn. 47, 47a.

³⁸² Zöllner / Geimer, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1061 ZPO, Rn. 40; zur Anwendung des Art. V NYÜ: BGH, Beschl. v. 2.3.2017 – I ZB 42/16, Rn. 22.

³⁸³ Zöllner / Geimer, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1061 ZPO, Rn. 40; Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1172; Rosenfeld, The Rome Regulations in International Arbitration: The Road Not Taken, in: The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration, 2017, Ferrari (Hrsg.), S. 245, 282; BayObLG, Beschl. v. 15.12.1999 – 4 Z Sch 23/99, Rn. 32, 33 = BeckRS 2000, 860.

³⁸⁴ Zöllner / Geimer, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1061 ZPO, Rn. 40; Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1172.

³⁸⁵ Siehe auch *De Miguel Asensio*, The Rome I and Rome II Regulations in International Commercial Arbitration, in: The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration, 2017, Ferrari (Hrsg.), S. 177, 177.

³⁸⁶ S.o. ausführliche Analyse unter Kapitel 2 – A.I.2 und Kapitel 2 – A.I.3.

Schiedsortes als solche keinen Verstoß gegen den *ordre public*.³⁸⁷ Der BGH hat gleichfalls in einer Entscheidung aus dem Jahr 2008 einen Verstoß gegen § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO in einem Anerkennungsverfahren verneint, in dem sich der Antragsteller (u. a.) auf eine Verletzung des § 307 Abs. 1 BGB durch den Schiedsspruch gestützt hatte.³⁸⁸ Nicht jeder Widerspruch der Entscheidung des Schiedsgerichts zu zwingenden Vorschriften des deutschen Rechts stelle dem BGH zufolge einen Verstoß gegen den *ordre public* dar. Vielmehr müsse es sich um eine nicht abdingbare Norm handeln, die Ausdruck einer für die Rechtsordnung grundlegenden Wertentscheidung des Gesetzgebers sei, was der BGH im Verfahren bei einem Berufen auf § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nicht annahm.³⁸⁹

Darüber hinaus erschwert neben der ohnehin nicht bestehenden Durchsetzbarkeit einer Missachtung der §§ 305 ff. BGB durch das Schiedsgerichts vor den staatlichen Gerichten die Tatsache, dass ohnehin nicht alle Schiedssprüche zu einem Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren gelangen, die Durchsetzbarkeit einer Bindung der Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht. Eine Großzahl der Schiedssprüche verbleibt in Ermangelung der Einleitung eines Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahrens somit ohne eine staatliche Kontrolle. In diesen würde, wie eben dargelegt, selbst die Grenze des *ordre public* nicht durch die staatlichen Gerichte überprüft werden. Somit wäre, unabhängig von der Entscheidung des Streitenden um eine Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO, eine Durchsetzung einer Bindung der Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht in der Praxis kaum durch staatliche Gerichte kontrollierbar. Die Missachtung des staatlichen Kollisionsrechts wäre zwar nicht rechtmäßig – wenn man eine Bindung der Schiedsgerichte annimmt –, dennoch würde ein solcher Verstoß ohne Anerkennungs- oder Vollstreckungsverfahren von den staatlichen Gerichten immer un bemerkt bleiben und selbst in einem staatlichen Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren nur in Extremfällen anhand des § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO beziehungsweise Art. V Abs. 2 b NYÜ scheitern. Außerdem ist angesichts des § 1061 ZPO damit zu rechnen, dass Schiedssprüche, die als Grundlage

³⁸⁷ BGH, Beschl. v. 30.10.2008 – III ZB 17/08, Rn. 5 = NJW 2009, 1215, 1216 = SchiedsVZ 2009, 66, 67; Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1172; Ebenfalls dem zustimmend, dass nur in seltenen Fällen ein *ordre public*-Verstoß bei Missachtung des deutschen AGB-Rechts im B2B-Verkehr angenommen werden könne, was wohl erst erreicht sei, wenn das Zustandekommen des Vertrages nicht mehr als Produkt freier Selbstbestimmung angenommen werden könne oder wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts wie die guten Sitten durch die betreffende Vertragsbestimmung überschritten würden: Thorn/Thon, in: FS Kronke 2020, 569, 582.

³⁸⁸ BGH, Beschl. v. 30.10.2008 – III ZB 17/08, Rn. 5 = NJW 2009, 1215, 1216 = SchiedsVZ 2009, 66, 67.

³⁸⁹ BGH, Beschl. v. 30.10.2008 – III ZB 17/08, Rn. 5 = NJW 2009, 1215, 1216 = SchiedsVZ 2009, 66, 67.

der Entscheidung die *lex mercatoria* beziehungsweise nichtstaatliche Regelwerke annähmen, von den staatlichen Gerichten nicht aufgehoben, sondern für vollstreckbar erklärt würden.³⁹⁰ Mithin würde auch dies nicht zu einer Durchsetzung der Bindung der Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht verhelfen.

In der Konsequenz bedeutet dies, dass die Parteien selbst bei einer rechtlichen Bindung der Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht – also unabhängig von der Entscheidung des Streites um eine Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO – wirksam durch ein Schiedsverfahren die Vorschriften des deutschen AGB-Rechts im B2B-Verkehr umgehen können, solange sie oder das Tribunal im Schiedsverfahren nicht die Schwelle des *ordre public*-Verstoßes überschreiten. Außer in den Extremfällen des *ordre public* würden den staatlichen Gerichten keine Versagungsmöglichkeit der Missachtung der Vorschriften der Rom I-VO zur Verfügung stehen. Eine Vereinbarung, nach der beispielsweise ein Vertrag den Vorschriften des deutschen Rechts mit Ausnahme der §§ 305–310 BGB unterliegt, verstieße mithin auch bei einem reinen Inlandssachverhalt zwar gegen die Kollisionsvorschriften der Rom I-VO, wäre aber in einem Schiedsspruch auch im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren durchsetzbar, da keine Versagungshindernisse entgegenstünden.

b) *Billigkeitsentscheidung des Schiedsgerichts (amiable compositeur)*

Erst Recht bestehen Zweifel gegenüber einer Durchsetzbarkeit der Bindung der Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht und somit einer Abwehrmöglichkeit einer Missachtung der §§ 305 ff. BGB in reinen deutschen Inlandssachverhalten oder bei einer Rechtswahl des deutschen Rechts als anwendbares Sachrecht bei Billigkeitsentscheidungen des Schiedsgerichts (*amiable compositeur*). Ein Verstoß des Schiedsgerichts gegen staatliches Kollisionsrecht ist in solchen Konstellationen erst recht nicht vor den staatlichen Gerichten durchsetzbar und der Abwahl oder Missachtung der §§ 305 ff. BGB sind erst recht keine Grenzen gesetzt.

Anders als staatliche Gerichte können Schiedsgerichte dazu ermächtigt werden als *amiable compositeur*³⁹¹ über einen Rechtsstreit zu entscheiden.³⁹² Die

³⁹⁰ *Martiny*, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 2.47.

³⁹¹ Oder auch „ex aequo et bono“ genannt. Vgl. *Redfern/Hunter*, 2015, Rn. 3.192; *Born*, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13.04[G], S. 262; *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl. 2016, Rn. 525.

³⁹² Siehe u.a. *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl. 2016, Rn. 525; *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 38; *Redfern/Hunter*, 2009, Rn. 3.201; *Redfern/Hunter*, 2015, Rn. 3.192; *Born*, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13.04[G], S. 262.

Möglichkeit einer Billigkeitsentscheidung durch Schiedsgerichte ist weit verbreitet. Das „Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961“ gestattet es in Art. VII (2), dass das Schiedsgericht nach Billigkeit entscheidet, wenn dies dem Willen der Parteien entspricht und wenn das für das schiedsrichterliche Verfahren maßgebende Recht es gestattet.³⁹³ Ebenfalls erlaubt das UNCITRAL-Modellgesetz (UNCITRAL-ML), das für viele nationale Schiedsgesetze als Vorlage fungierte,³⁹⁴ eine Möglichkeit zur Billigkeitsentscheidung in Art. 28 (3) UNCITRAL-ML, wenn die Parteien das Schiedsgericht hierzu ausdrücklich ermächtigt haben.³⁹⁵ Im deutschen Recht ermächtigt § 1051 Abs. 3 ZPO Schiedsgerichte zu einer Billigkeitsentscheidung.³⁹⁶ Vergleichsweise gestattet beispielsweise im französischen Recht Art. 1474 Zivilprozessrecht-Frankreich dem Schiedsgericht bei Ermächtigung durch die Parteien als *amiable compositeur* zu entscheiden,³⁹⁷ und in den Niederlanden ermächtigt Art. 1054 (3) Code of Civil Procedure-Niederlande das Schiedstribunal als *amiable compositeur* zu entscheiden, wenn die Parteien es dazu ermächtigt haben.³⁹⁸ Trotz der weit verbreiteten Möglichkeit zu einer Billigkeitsentscheidung hat diese gleichfalls praktisch nur eine geringe Bedeutung.³⁹⁹ Die Ergebnisse empirischer Umfragen suggerieren, dass der Weg das Schiedsgericht *ex aequo et bono* entscheiden zu lassen, eher selten in der schiedsrechtlichen Praxis erfolgt.⁴⁰⁰

Ob eine Billigkeitsentscheidung bei Annahme einer Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO zulässig wäre, ist umstritten. Es hängt vom staatlichen Recht und dessen internationalprivatrechtlichen Regelungen ab, ob ein Schiedsgericht eine Billigkeitsentscheidung treffen darf.⁴⁰¹ Teilweise wird für

³⁹³ Vgl. Art. VII (2) Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961, deutsche Fassung abrufbar unter: <https://www.disarb.org/fileadmin//user_upload/Wissen/Europaeisches_UEbereinkommen_ueber_die_internationale_Handelsschiedsgerichtsbarkeit_61_-_Deutsch.pdf>; *Born*, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13.04[G], S. 262.

³⁹⁴ Ebenfalls Verweis hierauf durch *Tercier*, Rechtsdurchsetzung ohne Staat, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung ohne Staat (2019), S. 45, 48.

³⁹⁵ *Born*, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13.04[G], S. 262; Vgl. Art. 28 (3) UNCITRAL-ML, abrufbar unter: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf>.

³⁹⁶ v. *Bar / Mankowski*, IPR I, 2. Aufl., 2003, § 2 Rn. 78.

³⁹⁷ Vgl. Art. 1474 Zivilprozessrecht-Frankreich, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006412664/1981-05-14>.

³⁹⁸ Vgl. Art. 1054 (3) Code of Civil Procedure-Niederlande, abrufbar unter: <<http://www.dutchcivillaw.com/legislation/civilprocedure044.htm>>.

³⁹⁹ *Mankowski*, RIW 2011, 30, 42.

⁴⁰⁰ Queen Mary Survey (2010), Frage 12, S. 15. Hiernach gaben 81 % der Befragten an, das Schiedsgericht „nie“ („never“) *ex aequo et bono* entscheiden zu lassen und nur 16 % mit „manchmal“ („sometimes“) und verbleibende 2 % mit „oft“ („often“).

⁴⁰¹ v. *Bar / Mankowski*, IPR I, 2. Aufl., 2003, § 2 Rn. 78.

Schiedsgerichte mit Sitz innerhalb der EU vertreten, dass die Option für Schiedsgerichte nach Billigkeit zu entscheiden durch die Rom I-VO verdrängt worden ist.⁴⁰² Andere wiederum erachten eine Billigkeitsentscheidung auch bei Anwendung der Rom I-VO als zulässig und kompatibel, da sich die Rom I-VO nur mit rechtsgebundenen Verfahren und Streitentscheidung befasse und daher keine Sperrwirkung gegen die Vereinbarung einer Streitlösung *ex aequo et bono* oder eines *amiable compositeurs* entfalte.⁴⁰³ In Ermangelung einer Regelung der Rom I-VO für diese Besonderheit des Schiedsverfahrens könne angenommen werden, dass neben der Rom I-VO Platz für den Anwendungsbereich des § 1051 Abs. 3 ZPO sei.⁴⁰⁴ Außerdem beruhe sowohl die Rom I-VO als auch die Billigkeitsentscheidung auf dem Parteiwillen und soweit die Rom I-VO dem Parteiwillen keine Grenzen setzt, könne demnach der Parteiwille auch in Form einer Ermächtigung zu einer Billigkeitsentscheidung wirksam führen.⁴⁰⁵ Eine Billigkeitsentscheidung sei kein *contrat sans loi*, sondern sehe lediglich einen besonderen, nicht rechtsgebundenen Entscheidungsmodus für Schiedsrichter vor.⁴⁰⁶ Angesichts dieses Streits folgt, dass Billigkeitsentscheidungen selbst bei Annahme einer Anwendung der Rom I-VO auf Schiedsverfahren nach teilweise vertretener Ansicht, jedoch nicht unumstritten, zulässig wären.

Damit es zu einer Billigkeitsentscheidung durch ein Schiedsgericht kommt, müssen die Parteien lediglich die Schiedsrichter ermächtigen, nach freiem Ermessen zu entscheiden, sog. *ex aequo et bono*.⁴⁰⁷ Eine solche Ermächtigung durch die Parteien muss jedoch ausdrücklich erfolgen.⁴⁰⁸ Dies erfolgt teilweise bereits in Streitbeilegungsklauseln.⁴⁰⁹ Bei einer Entscheidung des Schiedsgerichts nach Billigkeit ohne Ermächtigung, ist der Billigkeitsschiedsspruch nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 d ZPO aufzuheben.⁴¹⁰ Durch die Ermächtigung zur Entscheidung als *amiable compositeur* besteht weitere Freiheit für das Schiedsgericht.⁴¹¹ Dies ist dann dazu ermächtigt, bei der Urteilsfindung von der allzu strengen Anwendung der gewählten Rechtsordnung

⁴⁰² So bspw. *Rosenfeld*, *The Rome Regulations in International Arbitration: The Road Not Taken*, in: *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, 2017, Ferrari (Hrsg.), S. 245, 262 f.

⁴⁰³ *Mankowski*, RIW 2011, 30, 42; *ders.*, RIW 2018, 1, 4.

⁴⁰⁴ So bspw. *Gößling*, *Europäisches Kollisionsrecht und internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, 2019, S. 168 f.

⁴⁰⁵ *Mankowski*, RIW 2011, 30, 42.

⁴⁰⁶ *Mankowski*, RIW 2011, 30, 42.

⁴⁰⁷ *Zöllner / Geimer*, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1051 ZPO, Rn. 6.

⁴⁰⁸ *Schütze*, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 6. Aufl. 2016, Rn. 655.

⁴⁰⁹ *Born*, *International Arbitration: Law and Practice*, 2. Aufl. 2016, § 13.04 [G], S. 262.

⁴¹⁰ *Schütze*, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 6. Aufl. 2016, Rn. 528.

⁴¹¹ v. *Bar / Mankowski*, IPR I, 2. Aufl., 2003, § 2 Rn. 78; *Zöllner / Geimer*, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1051 ZPO, Rn. 6.

abzusehen.⁴¹² Die Grenze der Zulässigkeit einer Billigkeitsentscheidung bestimmen die guten Sitten und die öffentliche Ordnung (*ordre public*), sodass lediglich die zwingenden Vorschriften zu beachten sind, die zum *ordre public* gehören.⁴¹³ Das Schiedsgericht wird dabei auch von der Anwendung der zwingenden Vorschriften des materiellen Rechts dispensiert.⁴¹⁴ Staatliches Recht kann bei einer Billigkeitsentscheidung bis zur Grenze des *ordre public* (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO) ignoriert werden.⁴¹⁵ Stattdessen sind generelle Auffassungen der Gerechtigkeit, Billigkeit und des Rechts bei einer Entscheidung als *amiable compositeur* anzuwenden.⁴¹⁶

Die Anerkennung und Vollstreckung der Entscheidung als *amiable compositeur* ist zulässig, solange die Parteien das Schiedsgericht hierzu ausdrücklich ermächtigt haben.⁴¹⁷ Wird ein Schiedsspruch auf der Grundlage einer Billigkeitsentscheidung getroffen, obwohl es dazu nicht befugt war, sondern eine Rechtsentscheidung hätte getroffen werden müssen, ist ein inländischer deutscher Schiedsspruch im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO aufhebbar.⁴¹⁸ Ebenso darf bei ausländischen Schiedssprüchen mit demselben Makel, das heißt wenn der Schiedsspruch auf einem Verfahren beruhte, das der Vereinbarung der Parteien nicht entsprochen hat, gem. Art. V(1)(d) NYÜ die Anerkennung und Vollstreckung auf Antrag der unterlegenen Partei versagt werden.⁴¹⁹ Außerdem könnte gem. Art. V(2)(b) NYÜ aufgrund einer Verletzung des deutschen *ordre public* die Anerkennung und Vollstreckung versagt werden.⁴²⁰ Ob einer Billigkeitsentscheidung zudem auch weitere Versagungsgründe entgegen gehalten werden können, wie beispielsweise der des *ordre public*, ist fraglich. Hinsichtlich der Konsequenzen im Anerkennungsverfahren von Billigkeitsentscheidungen für das AGB-Recht stellt sich diese Frage jedoch nicht, da die §§ 305 ff. BGB

⁴¹² Vogenauer, ERPL 2013, 13, 38; Born, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13.04[G], S. 262; Redfern / Hunter, 2015, Rn. 3.192.

⁴¹³ Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl. 2016, Rn. 526; Zobel, Schiedsgerichtsbarkeit und Unionsrecht, 2005, S. 116.

⁴¹⁴ Zöller / Geimer, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1051 ZPO, Rn. 6.

⁴¹⁵ Zöller / Geimer, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1051 ZPO, Rn. 6.

⁴¹⁶ Born, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13.04[G], S. 262.

⁴¹⁷ Born, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13.04[G], S. 262 f.

⁴¹⁸ Die deutsche „öffentliche Ordnung (*ordre public*)“, vgl. § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO, könne es nicht hinnehmen, dass auf ihrem Territorium Privatleute objektives Recht „setzen“ und eigenmächtig eine Billigkeitsentscheidung treffen. Vgl. v. Bar / Mankowski, IPR I, 2. Aufl., 2003, § 2 Rn. 85; Zöller / Geimer, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1051 ZPO, Rn. 7.

⁴¹⁹ v. Bar / Mankowski, IPR I, 2. Aufl., 2003, § 2 Rn. 85.

⁴²⁰ v. Bar / Mankowski, IPR I, 2. Aufl., 2003, § 2 Rn. 85; zur Anerkennung- und Vollstreckung von Billigkeitsentscheidungen von Schiedsgerichten und hierbei Außerachtlassung zwingender Vorschriften: Zöller / Geimer, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1051 ZPO, Rn. 7 ff.

ohnehin nicht unter den *ordre public* fallen.⁴²¹ Somit besteht in den Fällen in denen nach dem staatlichen Recht eine Billigkeitsentscheidung des Schiedsgerichts gestattet ist, erst recht keine Kontrolle durch die staatliche Hand gegen eine Abwahl der §§ 305 ff. BGB in unternehmerischen Verträgen, selbst wenn man eine Bindung der Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht annehmen und durchsetzen wollen würde.

4. Fazit

Ob eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB auch in reinen Inlandssachverhalten vor Schiedsgerichten mit Sitz in der EU gegen die Rom I-VO verstößt, ist bislang umstritten und ungeklärt und hängt davon ab, ob Schiedsgerichte an die Rom I-VO gebunden sind oder nicht. Jedoch wäre einer Missachtung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO im Schiedsverfahren durch staatliche Gerichte keine Kontrollmöglichkeit gegeben, da im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren die Missachtung kollisionsrechtlicher Normen unterhalb der Schwelle des *ordre public* keinen Hindernisgrund darstellt. Somit ist eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB auch in reinen deutschen Inlandssachverhalten vor Schiedsgerichten innerhalb der EU möglich und bislang eine Bindung der Schiedsgerichte, wenn man sie annehmen wolle, in der Praxis nicht durchsetzbar.

Folglich ist es derzeit in Ermangelung einer staatlichen Kontrolle vor Schiedsgerichten mit Sitz in der EU in unternehmerischen Verträgen möglich, die §§ 305 ff. BGB abzuwählen durch: die Wahl eines nichtstaatlichen Regelwerkes, die Wahl des deutschen Rechts mit Ausnahme der §§ 305–310 BGB, die Wahl selbstbestimmter Kollisionsregeln, eine ausländische Rechtswahl in einem reinen deutschen Inlandssachverhalt. Die Frage, ob diese Abwahlmöglichkeiten vor Schiedsgerichten mit Sitz innerhalb der EU gegen die Rom I-VO verstößt, hängt zwar von der bislang umstrittenen und ungeklärten Frage ab, ob Schiedsgerichte an die Rom I-VO gebunden sind, ist jedoch derzeit bereits ohne staatliche Kontrollmöglichkeiten möglich. Faktisch ist mithin eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB auf die verschiedenen benannten Arten auch in reinen Inlandssachverhalten vor Schiedsgerichten mit Sitz in der EU möglich. Einzige Kontrollgrenze im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren der Schiedssprüche bei Entscheidungen nach Rechtsregeln ist die Grenze des *ordre public* oder aber eines willkürlichen Ignorierens der Rechtswahl der Parteien durch das Schiedsgericht. Bei Billigkeitsentscheidungen des Schiedsgerichts bestehen noch weniger Grenzen.

⁴²¹ S.o. Kapitel 2 – A.I.3 und Kapitel 2 – A.I.4.

II. Sitz des Schiedsgerichts in Drittstaat (bspw. Schweiz und England post-Brexit)

Schiedsgerichte mit Sitz außerhalb der EU befinden sich außerhalb des potenziellen Anwendungsbereiches der Rom I-VO, sodass sich die umstrittenen Fragen bezüglich der Bindung an die Rom I-VO bei diesen erübrigen. Wenn Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht gebunden sein sollten, so würde sich das anwendbare IPR jeweils nach dem nationalen IPR am Sitz des Schiedsgerichts bestimmen. Nachfolgend wird einzeln beispielhaft auf die Situation vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz eingegangen und sodann die Rechtslage vor Schiedsgerichten mit Sitz in England seit Ende des Brexit-Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2020 erörtert. Während der im EU-VK-Austrittsabkommen vom 12. November 2019⁴²² vereinbarten Übergangsphase beginnend am 1. Februar 2020 war das Vereinigte Königreich kein EU-Mitgliedstaat mehr, unterlag aber trotzdem weiterhin in weiten Teilen dem EU-Recht, darunter auch der Rom I-VO.⁴²³ Mangels einer Regelung bezüglich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts im Hinblick auf die Handelsschiedsgerichtsbarkeit im Austrittsabkommen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich vom 31. Dezember 2020⁴²⁴ besteht für Schiedsgerichte mit Sitz in England (und im gesamten Vereinigten Königreich) keine Bindung an das EU-Recht seit dem Ende des Brexit-Übergangszeitraumes mehr. Die Rechtsfluchtmöglichkeiten vor der deutschen AGB-Kontrolle in Handelsverträgen mit einer Schiedsklausel zugunsten eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz oder England post-Brexit werden nachfolgend analysiert.

1. Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz

Ob einer Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in einem unternehmerischen Vertrag mit Rechtswahl zugunsten des Schweizer Rechts und einer Schiedsklausel zugunsten eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz die kollisionsrechtlichen Regelungen Grenzen setzen, hängt vom Schweizer Kollisionsrecht ab. In der Praxis hat sich gezeigt, dass die Schweiz ein beliebter und bedeutender Schiedsplatz ist, der gleichzeitig auch im Wettstreit um lukrative

⁴²² Mitteilung der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der europäischen Union – Rat, Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft (2019/C 384 I/01) v. 12.11.2019.

⁴²³ Siehe hierzu ausführlich Kapitel 2 – A.II.2.

⁴²⁴ „Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part“, L 444/14, Official Journal of the European Union 31.12.2020.

Schiedsverfahren mit anderen Standorten steht.⁴²⁵ Die Wahl des Schweizer Rechts wird häufig mit einem Schweizer Schiedsort kombiniert.⁴²⁶

Ist ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz zuständig, so bestimmen im Schweizer Recht die Normen des 12. Kapitels des Schweizer Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht, IPRG-Schweiz, das auf internationale Schiedsverfahren mit Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz anwendbare Recht.⁴²⁷ Im Schweizer Recht wird zwischen nationalen und internationalen Schiedsverfahren unterschieden, indem das 12. Kapitel des IPRG-Schweiz (Artt. 176–194) ausschließlich Bestimmungen für die „internationale Schiedsgerichtsbarkeit“ trifft.⁴²⁸ Das 12. Kapitel regelt dabei die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz abschließend, ohne subsidiäre Geltung oder lückenfüllende Funktion der ZPO-Schweiz.⁴²⁹ Einzige Ausnahmen sind die ausdrücklichen Verweise auf die ZPO-Schweiz, die die Mitwirkung der staatlichen Gerichte anordnen.⁴³⁰ Die Norm des Art. 176 Abs. 1 IPRG-Schweiz bestimmt die Geltung des 12. Kapitels des IPRG-Schweiz zur „internationalen Schiedsgerichtsbarkeit“ für „[...] Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern wenigstens eine Partei der Schiedsvereinbarung beim Abschluss ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihren Sitz nicht in der Schweiz hatte.“ Demnach muss für die originäre Anwendung der Artt. 176 ff. IPRG-Schweiz der Sitz des Schiedsgerichtes in der Schweiz liegen und beim Abschluss der Schiedsvereinbarung mindestens eine Partei ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihren Sitz im Ausland (nicht in der Schweiz) haben.⁴³¹ Die Parteien müssen für die Anwendung der Artt. 176 ff. IPRG-Schweiz ihren Wohnsitz mithin in unterschiedlichen Staaten bei Abschluss der Schiedsvereinbarung haben.⁴³²

Art. 187 IPRG-Schweiz ist eine spezielle Kollisionsnorm für Schiedsgerichte, die die Kollisionsregeln des IPRG-Schweiz außerhalb des 12. Kapitels grundsätzlich ausschaltet.⁴³³ Art. 187 Abs. 1 IPRG-Schweiz bestimmt dabei

⁴²⁵ *Mankowski*, RIW 2011, 30, 35.

⁴²⁶ U. a. so auch *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 133.

⁴²⁷ *CHK-Furrer / Girsberger / Ambauen* IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Vorb 176 ff, Rn. 1; *Pfiffner / Hochstrasser*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 176, Rn. 2; *Schnyder / Grolimund*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 1, Rn. 13; *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 69.

⁴²⁸ *Gaillard*, in: Newman / Hill, The leading arbitrators' guide 2014, chapter 18, S. 450; *Pfiffner / Hochstrasser*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 176, Rn. 1.

⁴²⁹ *Pfiffner / Hochstrasser*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 176, Rn. 4; vgl. BG, 9.4.1991 – BGE 117 II 94, 96, E. 4.

⁴³⁰ *Pfiffner / Hochstrasser*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 176, Rn. 4.

⁴³¹ *CHK-Furrer / Girsberger / Ambauen* IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 167, Rn. 2, 3.

⁴³² Vgl. so zur Auslegung des Art. 176 Abs. 1 IPRG auch BG, 4.10.2004 – BGE 131 III 76, 80.

⁴³³ *CHK-Furrer / Girsberger / Ambauen* IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 187, Rn. 2.

das im Schiedsverfahren anwendbare materielle Recht.⁴³⁴ Demnach entscheidet das Schiedsgericht die Streitsache nach dem von den Parteien gewählten Recht oder bei Fehlen einer Rechtswahl nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt.⁴³⁵ Art. 187 IPRG-Schweiz ist dabei abschließendes Sonderkollisionsrecht.⁴³⁶ Anders als Art. 28 Abs. 2 UNCITRAL ML, der auf die Kollisionsregeln einer Rechtsordnung verweist, erlaubt Art. 187 Abs. 1 IPRG-Schweiz, dass „Das Schiedsgericht [...] die Streitsache nach dem von den Parteien gewählten Recht [entscheidet] oder, bei Fehlen einer Rechtswahl, nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt [entscheidet].“⁴³⁷ Diese Methode erlaubt demnach sogar einen direkten Durchgriff im Rahmen des Ermessens des schiedsrechtlichen Tribunals auf das anwendbare Recht – ohne den Umweg über die Bestimmung des anwendbaren IPR.⁴³⁸ In der Begründung zum schweizerischen Gesetz über das Internationale Privatrecht lässt der Schweizer Gesetzgeber auch sein Bewusstsein und sein Interesse für eine „positive Entwicklung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit“⁴³⁹ in der Schweiz durchblicken.⁴⁴⁰ Im Ergebnis werden in der Schweiz den Schiedsgerichten keine strikten, kodifizierten Kollisionsregeln vorgeschrieben, sondern diese sollen das Recht zur Anwendung kommen lassen, dass mit der Streitsache am engsten zusammenhängt. Darüber hinaus ermächtigt Art. 187 Abs. 2 IPRG-Schweiz Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, anders als staatliche Gerichte der Schweiz, auf Willen der Parteien nach Billigkeit zu entscheiden.⁴⁴¹

Die Norm des Art. 19 IPRG-Schweiz, die grundsätzlich die Berücksichtigung zwingender Bestimmung eines ausländischen Rechts regelt, ist für schweizerische Schiedsgerichte nicht direkt anwendbar, da das 12. Kapitel des IPRG-Schweiz, Artt. 176–194 IPRG-Schweiz, zur „Internationale[n] Schiedsgerichtsbarkeit“, einen autonomen Charakter hat.⁴⁴² Bereits der Beurteilungsmaßstab des Art. 19 IPRG-Schweiz der „schweizerischen Rechtsauffassung“

⁴³⁴ *Born*, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13.02[A], S. 242; *CHK-Furrer / Girsberger / Ambauen* IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 187, Rn. 1; *Mächler-Erne / Wolf-Mettier*, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Vor Art. 13–19, Rn. 5; Norm abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>>.

⁴³⁵ Vgl. Art. 187 Abs. 1 IPRG-Schweiz.

⁴³⁶ Vgl. hierzu auch *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 133.

⁴³⁷ *Gaillard*, in: Newman / Hill, The leading arbitrators' guide 2014, chapter 18, S. 456.

⁴³⁸ *Gaillard*, in: Newman / Hill, The leading arbitrators' guide 2014, chapter 18, S. 456.

⁴³⁹ Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, v. 10.11.1982, BGBl. 1983 I 263, S. 456 (letzter Absatz), S. 456–466 zur Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, abrufbar unter: <<https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/10048889.pdf?id=10048889&action=open>>.

⁴⁴⁰ So auch *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 69.

⁴⁴¹ Vgl. Art. 187 Abs. 2 IPRG-Schweiz; *CHK-Furrer / Girsberger / Ambauen* IPRG 1 N1, 3. Aufl. 2016, Art. 187, Rn. 1.

⁴⁴² *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 133.

ist vor Schiedsgerichten nicht geeignet, sofern die Parteien keinen Bezug zur Schweiz aufweisen oder nicht schweizerisches Recht und damit schweizerische Wertmaßstäbe zur Beurteilung ihres Rechtsverhältnisses gewählt haben.⁴⁴³ Vielmehr ist vor Schiedsgerichten auf einen über den einzelstaatlichen Interessen liegenden gemeinsamen Nenner eines „transnationalen *ordre publics*“ abzustellen.⁴⁴⁴ Eine Berücksichtigung drittstaatlicher Eingriffsnormen kann dadurch unter den Gesichtspunkten der Erfüllbarkeit und Vollstreckbarkeit des Rechtsgeschäfts beziehungsweise des Schiedsspruchs im Drittstaat erforderlich sein.⁴⁴⁵ Dabei ist jedoch auch ein Rechtsmittelverzicht gem. Art. 192 Abs. 1 IPRG-Schweiz möglich, wonach sodann kein Raum für die Berücksichtigung drittstaatlicher Eingriffsnormen gem. Art. 19 IPRG-Schweiz mehr im Rechtsmittelverfahren verbleibt.⁴⁴⁶ Wobei bei einer Vollstreckung in der Schweiz gleichwohl gem. Art. 192 Abs. 2 IPRG-Schweiz das NYÜ anwendbar bleibt.

Und selbst wenn die Norm des Art. 19 IPRG-Schweiz auf Schiedsgerichte anwendbar wäre, so müssten die deutschen AGB-Normen der §§ 305–310 BGB immer noch die Voraussetzung einer ausländischen Eingriffsnorm erfüllen, um eine Anwendung beziehungsweise Berücksichtigung bei einer Schweizer Rechtswahl vor Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz zu erlangen.⁴⁴⁷ Die oben erfolgte Analyse des Art. 19 IPRG-Schweiz hat bereits ergeben, dass die §§ 305 ff. BGB zumindest im B2B-Verkehr keine Eingriffsnormen i. S. d. Art. 19 Abs. 1 IPRG-Schweiz darstellen.⁴⁴⁸ Folglich würde selbst eine Anwendung des Art. 19 IPRG-Schweiz auf Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz nicht zu einer Berücksichtigung der §§ 305 ff. BGB bei einer Rechtsflucht in unternehmerischen Verträgen in reinen deutschen Inlandsverhalten führen.

Somit können deutsche Parteien durch die Wahl des Schweizer Rechts in unternehmerischen Verträgen in Kombination mit einer Schiedsklausel zugunsten eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz, mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass sie von der Beachtung der deutschen AGB-Rechtsprechung und -Regelungen frei sind.⁴⁴⁹ Dies gilt vor den Schweizer Schiedsgerichten für den B2B- und B2C-Verkehr.

⁴⁴³ Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 28.

⁴⁴⁴ Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 28.

⁴⁴⁵ Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 28.

⁴⁴⁶ BGer v. 31.10.2005, 4P.198/2005, E.2.1; siehe hierzu auch Mächler-Erne / Wolf-Mettier, in: BSK-IPRG, 3. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 28.

⁴⁴⁷ Voser / Boog, RIW 2009, 126, 133.

⁴⁴⁸ S.o. Kapitel 2 – A.II.1.d).

⁴⁴⁹ Siehe so auch Voser / Boog, RIW 2009, 126, 133.

2. Sitz des Schiedsgerichts in England (post-Brexit)

Ob einer Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in unternehmerischen Verträgen mit Rechtswahl zugunsten des englischen Rechts und einer Schiedsklausel zugunsten eines Schiedsgerichts mit Sitz in England, typischerweise London, die kollisionsrechtlichen Regelungen post-Brexit Grenzen setzen, hängt seit dem Ende der Brexit-Übergangsphase am 31. Dezember 2020 allein vom englischen Kollisionsrecht ab.⁴⁵⁰ Während der im EU-VK-Austrittsabkommen vom 12. November 2019⁴⁵¹ vereinbarten Übergangsphase beginnend am 1. Februar 2020 war das Vereinigte Königreich kein EU-Mitgliedstaat mehr, unterlag aber trotzdem weiterhin in weiten Teilen dem EU-Recht, darunter auch der Rom I-VO.⁴⁵² Für den Zeitraum seit Ablauf der Übergangsphase am 31. Dezember 2020 besteht seit demselben Datum das Austrittsabkommen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich vom 31. Dezember 2020.⁴⁵³ Dieses schweigt bezüglich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts auch im Hinblick auf die Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Mangels weiterer Vereinbarungen in diesem Bereich besteht für Schiedsgerichte mit Sitz in England (und im gesamten Vereinigten Königreich) keine Bindung an das EU-Recht seit dem Ende des Brexit-Übergangszeitraumes mehr. Für Schiedsgerichte mit Sitz in England gilt seit dem 1. Januar 2021 somit allein das englische Kollisionsrecht.

Schiedsgerichte mit Sitz in England haben nach Auffassung der englischen Literatur in internationalen Handelsschiedsverfahren nicht die allgemeinen Regeln des Kollisionsrechts anzuwenden, sondern unterliegen stattdessen einem eigenen, separaten Regime zur Bestimmung des anwendbaren Rechts, das der Parteiautonomie einen beachtlichen Spielraum einräumt.⁴⁵⁴ Das anwendbare Kollisionsrecht des englischen Rechts für Schiedsgerichte ist der

⁴⁵⁰ Grundsätzlich wird in der englischen Literatur nach dem Brexit eine stärkere Wettbewerbsposition der Schiedsgerichtsbarkeit in London erwartet, die effektiver und attraktiver sein werde, als sie es während der Zeit vor dem Brexit war. So: *Briggs*, Riv. dir. int. priv. proc. 2019, 261, 270; aus der Praxis: Norton Rose Fulbright – International arbitration report, Issue 7 – September 2016, *Rogers / Goodall / Golsong*, S. 18, abrufbar unter: <<https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/a655ac50/how-will-brex-it-impact-arbitration-in-england-and-wales>>.

⁴⁵¹ Mitteilung der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der europäischen Union – Rat, Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft (2019/C 384 I/01) v. 12.11.2019.

⁴⁵² Siehe hierzu ausführlich Kapitel 2 – A.II.2.

⁴⁵³ „Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part“, L 444/14, Official Journal of the European Union 31.12.2020.

⁴⁵⁴ *Dicey, Morris and Collins*, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-006.

Arbitration Act 1996^{455, 456} Gemäß Sec. 2 des Arbitration Act 1996 findet dieser im Grundsatz auf Schiedsgerichte Anwendung, dessen Sitz in England (oder in Wales oder Nordirland) ist.⁴⁵⁷ Daneben finden manche Vorschriften auch Anwendung, wenn der Sitz außerhalb Englands ist, vgl. Sec. 2 (2)–(5) Arbitration Act 1996. Die überwiegende Anzahl der Vorschriften des Arbitration Act 1996 ist durch Parteivereinbarung abdingbar.⁴⁵⁸

Bis zum Erlass des Arbitration Act 1996 wurde im englischen Recht angenommen, dass ein Schiedsverfahren, das in England durchgeführt wird, das englische Recht als materiellrechtlich anwendbares Recht anzuwenden hatte, zudem das Kollisionsrecht des englischen Rechts zu beachten hatte, sowie ein Bezug zu einem nationalen Rechtssystem erforderlich war.⁴⁵⁹ Bis zum Arbitration Act 1996 war es für Schiedsgerichte mit Sitz in England weder möglich nichtstaatliches Recht anzuwenden, noch den Streit als *amiable compositeur* oder *ex aequo et bono* zu entscheiden.⁴⁶⁰ Dies wurde mit der Begründung kritisiert, dass im internationalen Schiedsverfahren außerhalb Englands auch die Wahl nichtstaatlicher Regelwerke zulässig sei und keine so strenge Bindung an das Recht am Sitz des Schiedsgerichts angenommen werde.⁴⁶¹

Seit Erlass des Arbitration Act 1996 ist die maßgebliche Kollisionsnorm zur Bestimmung des anwendbaren Rechts für Schiedsgerichte mit Sitz in England Sec. 46 Arbitration Act 1996.⁴⁶² Sie ist eine durch Parteivereinbarung abdingbare Vorschrift des englischen Rechts.⁴⁶³ Sec. 46 (1) Arbitration Act 1996 bestimmt:

„The arbitral tribunal shall decide the dispute – (a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or (b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal.“

Demzufolge können die Parteien gemäß lit. (a) das materiellrechtlich anwendbare Recht bestimmen, das das Recht eines Staates oder Völkerrecht

⁴⁵⁵ <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>>.

⁴⁵⁶ *Dicey, Morris and Collins*, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-006.

⁴⁵⁷ Sec. 2 (1): „The provisions of this Part apply where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland.“; siehe auch: *Dicey, Morris and Collins*, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-042.

⁴⁵⁸ *Re Q's Estate* [1999] 1 Lloyd's Rep. 931; *Dicey, Morris and Collins*, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-043.

⁴⁵⁹ *Dicey, Morris and Collins*, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-010 m.w.N und Rn. 16-047.

⁴⁶⁰ *Dicey, Morris and Collins*, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-047.

⁴⁶¹ *Dicey, Morris and Collins*, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-010.

⁴⁶² *Dicey, Morris and Collins*, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-002.

⁴⁶³ *Dicey, Morris and Collins*, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-056; *Schilf*, *RIW* 2013, 678, 682.

sein kann.⁴⁶⁴ Haben die Parteien eine solche Wahl getroffen, so ist das Schiedsgericht hieran gebunden.⁴⁶⁵ Sec. 46 (1)(a) Arbitration Act 1996 verweist auf das durch die Parteien gewählte Recht als anwendbares Recht (*law*). Dabei nennt die Norm explizit das Recht (*law*) und nicht die „Rechtsvorschriften“ (*rules*), die auch die Wahl eines nichtstaatlichen Regelwerkes vor Schiedsgerichten ermöglichen würde.⁴⁶⁶

Alternativ können sich die Parteien gemäß Sec. 46 (1)(b) Arbitration Act 1996 auch darauf einigen, ihren Rechtsstreit anderen Erwägungen zu unterstellen, die sie selbst oder das Schiedstribunal bestimmen. Diese Option eröffnet den Parteien die Möglichkeit, ein Regelwerk oder Prinzipien zu wählen, die kein staatliches Rechtssystem sind.⁴⁶⁷ Diese Regelwerke können auch nichtstaatliches Recht oder eine Zusammenstellung von Rechtsgrundsätzen sein, wie beispielsweise die *UNIDROIT Principles*, allgemeine Rechtsgrundsätze des Handelsverkehrs oder die *lex mercatoria*.⁴⁶⁸ Auch ein Mix aus verschiedenen Rechtssystemen kann vor Schiedsgerichten mit Sitz in England gewählt werden, wie beispielsweise in *Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd*⁴⁶⁹ die Regeln auf den Rechtsstreit Anwendung finden sollten, die den Rechtsordnungen Englands und Frankreichs gemeinsam waren.⁴⁷⁰ Diese Rechtswahlklausel erklärte das *House of Lords* als wirksam.⁴⁷¹ Der Sitz des Schiedsgerichts war zwar in Belgien, jedoch wäre der englischen Literatur zufolge eine solche Klausel auch wirksam unter dem englischen Arbitration Act 1996.⁴⁷² Darüber hinaus steht den Parteien auch die Möglich-

⁴⁶⁴ *Dicey, Morris and Collins*, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-052.

⁴⁶⁵ *Peterson Farms Inc v C&M Farming Ltd* [2004] EWHC 121 (Comm.), Rn. 43 ff. (46 ff.), [2004] 1 Lloyd's Rep. 603; *Dicey, Morris and Collins*, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-052.

⁴⁶⁶ *De Miguel Asensio*, The Rome I and Rome II Regulations in International Commercial Arbitration, in: The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration, 2017, Ferrari (Hrsg.), S. 177, 180.

⁴⁶⁷ *Dicey, Morris and Collins*, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-053.

⁴⁶⁸ *Dicey, Morris and Collins*, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-053.

⁴⁶⁹ *Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd* [1993] A.C. 334.

⁴⁷⁰ Die Rechtswahlklausel der Parteien lautete: „The construction, validity and performance of the contract shall in all respects be governed by and interpreted in accordance with the principles common to both English law and French law, and in the absence of such common principles by such general principles of international trade law as have been applied by national and international tribunals.“, *Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd* [1993] A.C. 334, 347; *Dicey, Morris and Collins*, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-053.

⁴⁷¹ *Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd* [1993] A.C. 334, 368 – per Lord Mustill.

⁴⁷² *Dicey, Morris and Collins*, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-053; siehe jedoch Bedenken ggü. der praktischen Schwierigkeiten einer solchen gemixten Rechtswahl *Redfern / Hunter*, 2015, Rn. 3.153-3.155.

keit offen, ein Schiedsgericht mit Sitz in England dazu zu ermächtigen, *ex aequo et bono* nach den generellen Prinzipien von Billigkeit und Gerechtigkeit zu entscheiden.⁴⁷³ Zwar ist in England die Entscheidung als *amiable compositeur* möglich, war jedoch in der englischen Praxis noch nie üblich und wurde nie viel genutzt.⁴⁷⁴ Nur wenn die Parteien es ausdrücklich anordnen, darf das Gericht auf der Grundlage von „fairness and good conscience“ (*ex aequo et bono*) als *amiable compositeur* entscheiden.⁴⁷⁵ Ansonsten ist es die Ansicht im englischen Recht, dass die Parteien eine Entscheidung auf Grundlage des Rechts erwarten und somit auch bekommen sollen, da Gewissheit wichtiger als „harmonische Unklarheit“ sei.⁴⁷⁶

In Ermangelung einer Rechtswahl der Parteien kann das Schiedsgericht gem. Sec. 46 (3) Arbitration Act 1996 das Recht anwenden, das es nach den Regeln des Kollisionsrechts als anwendbar betrachtet.⁴⁷⁷ Diese Vorschrift bewirkt, dass ein Schiedsgericht mit Sitz in England nicht an das englische Kollisionsrecht gebunden ist.⁴⁷⁸ Da die Vorschrift die Anwendung des „Rechts“ (*law*) und nicht der „Rechtsvorschriften“ vorschreibt, sodass das Schiedstribunal – wenn keine anderweitige Vereinbarung der Parteien vorliegt – die Regeln eines Rechtssystems anzuwenden hat und nicht die *lex mercatoria* oder generelle Rechtsprinzipien anwenden kann.⁴⁷⁹ Die Frage, welche Kollisionsregeln das Tribunal im Rahmen der Sec. 46 (3) Arbitration Act 1996 anwenden soll, lässt die Norm offen und überlässt dies dem Ermessen der Schiedsrichter.⁴⁸⁰ Somit wurde in England letztlich der indirekte Weg (*indirect approach*) gewählt, wonach das Schiedsgericht das anwendbare Recht nach den Regeln des Kollisionsrechts bestimmen muss und nicht direkt das anwendbare Recht heranziehen darf (*direct approach*), vgl. Sec. 46 (3) Arbitration Act 1996.⁴⁸¹

Ob ein Konflikt mit der Rom I-VO und Schiedsgerichten hinsichtlich der Bestimmung des anwendbaren Kollisionsrechts vor Schiedsgerichten vor dem Brexit vorlag, wird beispielsweise in *Dicey, Morris and Collins* zur Situation vor dem EU-Austritt des Vereinigten Königreichs in der Gestalt aufgelöst,

⁴⁷³ *Dicey, Morris and Collins*, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-053.

⁴⁷⁴ *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 196.

⁴⁷⁵ *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 196.

⁴⁷⁶ *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 196.

⁴⁷⁷ Sec. 46 (3) Arbitration Act 1996: „If or to the extent that there is no such choice or agreement, the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.“

⁴⁷⁸ *Dicey, Morris and Collins*, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-055.

⁴⁷⁹ *Dicey, Morris and Collins*, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-055.

⁴⁸⁰ *Dicey, Morris and Collins*, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-058.

⁴⁸¹ Vgl. *De Miguel Asensio*, The Rome I and Rome II Regulations in International Commercial Arbitration, in: The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration, 2017, Ferrari (Hrsg.), S. 177, 181.

dass *Collins* zufolge Sec. 46 Arbitration Act 1996 Vorrang vor der Rom I-VO als Kollisionsrecht der Schiedsgerichte hatte.⁴⁸² Zusätzlich werden in *Dicey, Morris and Collins* Bedenken gehegt, dass eine Heranziehung der Rom I-VO wohl unangemessen vor Schiedsgerichten sei, wenn lediglich Parteien von außerhalb Europas (wohl beziehend auf: „EU“) betroffen seien.⁴⁸³ Auch *Briggs* wies vor dem Brexit für Parteien, die ein nichtstaatliches Regelwerk als auf ihren Vertrag anwendbares Recht wählen wollen, in Ermangelung dieser Möglichkeit vor staatlichen Gerichten aufgrund des Art. 3 Rom I-VO, auf die Schiedsgerichte hin,⁴⁸⁴ und zeigte somit sein Verständnis, dass die Rom I-VO vor Schiedsgerichten nicht in gleicher Weise gelten würde. Andere Stimmen der englischen Literatur hingegen erachten während des Geltungszeitraumes der Rom I-VO in England die Rechtsfolge der Ausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom I-VO für „Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen“ so, dass die Schiedsvereinbarung selbst, sowie ihr Zustandekommen, ihre Gültigkeit und ihre Wirkungen sich nicht nach der Rom I-VO richten, sondern nach den *common law rules*, hingegen sich das auf den restlichen Vertrag anwendbare Recht nach den Regelungen der Rom I-VO richte.⁴⁸⁵ Folglich war auch eine Bindung der Schiedsgerichte in England an die Rom I-VO, vergleichsweise wie in Deutschland, umstritten in der Literatur.

Für die Situation post-Brexit seit Ablauf des Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2020 ist mangels einer Regelung bezüglich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts im Hinblick auf die Schiedsgerichtsbarkeit im EU-VK-Austrittsabkommen vom 31. Dezember 2020 davon auszugehen, dass Sec. 46 Arbitration Act 1996 wieder unstreitig das allein maßgebliche Kollisionsrecht für Schiedsgerichte mit Sitz in England darstellt. Die Auflösung des Streites, ob die Rom I-VO im Schiedsverfahren anwendbar ist, ist post-Brexit seit Ablauf des Übergangszeitraumes für England anders gelagert. Zwar wurde die Rom I-VO in das nationale Recht des Vereinigten Königreichs für die Situation post-Brexit nach Ablauf des Übergangszeitraumes implementiert, jedoch haben die implementierten Regelungen keinen Anwendungsvorrang als Unionsrecht vor anderen nationalen Regeln mehr. Demzufolge spricht nun mehr dafür, dass Schiedsgerichte mit Sitz in England nicht mehr an die entsprechenden, implementierten Vorschriften der Rom I-VO

⁴⁸² *Dicey, Morris and Collins*, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 32-021 Fn. 80; diese Ansicht bezweifelt für die Situation vor dem Brexit aufgrund einer Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO: *Mankowski*, RIW 2018, 1, 18.

⁴⁸³ *Dicey, Morris and Collins*, The Conflict of Laws, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-055.

⁴⁸⁴ *Briggs*, in: Burrows (Hrsg.), Oxford Principles of English Law – English Private Law, 3. Aufl. 2013, Rn. 20.147.

⁴⁸⁵ *Merrett*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 30-051.

gebunden sind, sondern ausschließlich dem nationalen Arbitration Act 1996 unterliegen.⁴⁸⁶

Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche richtet sich in England – unabhängig vom Zeitpunkt vor oder nach dem Brexit – nach dem NYÜ.⁴⁸⁷ Während das UNCITRAL-ML in Schottland als Schiedsrecht gänzlich übernommen wurde, hat England dies nicht *en bloc* übernommen, sich jedoch davon beim Erlass des Arbitration Act 1996 inspirieren lassen.⁴⁸⁸ Fehler in der Rechtsanwendung in einem Schiedsverfahren gelangen nach englischem Schiedsrecht nicht unter die Überprüfung der staatlichen Gerichte im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren.⁴⁸⁹ Dies begründet sich einerseits darauf, dass Sec. 46 (3) Arbitration Act 1996 weites Ermessen in der Bestimmung des anwendbaren Rechts auf das Schiedstribunal überträgt und andererseits, dass Fehler in Fragen des anwendbaren Rechts kein Einspruchsrecht gewähren, vor den staatlichen Gerichten gegen den Schiedsspruch vorzugehen gemäß der zwingenden Vorschrift der Sec. 68 Arbitration Act 1996.⁴⁹⁰ Außerdem können die Parteien ihr Recht, aufgrund von Rechtsrügen einen Schiedsspruch anzufechten, durch Vereinbarung ausschließen beziehungsweise darauf verzichten gem. Sec. 69 Arbitration Act 1996.⁴⁹¹ Darüber hinaus ist nach englischem Recht ein Fehler bei der Anwendung ausländischen Rechts bereits ohnehin kein Einspruchsgrund für eine Anfechtung des Schiedsspruchs nach Sec. 69 Arbitration Act 1996, da „law“ im Sinne der Norm „English law“ meint, vgl. Sec. 82 (1) Arbitration Act 1996.⁴⁹² Somit war beziehungsweise ist unabhängig von einer bis vor dem Brexit geführten Diskussion in England, ob Schiedsgerichte an die Rom I-VO gebunden seien, auch in England – selbst im Geltungszeitraum der Rom I-VO

⁴⁸⁶ Zum gleichen Ergebnis, dass sich keine Bindung für Schiedsgerichte mit Sitz in England an die Rom I- und Rom II-Verordnung post-Brexit ergeben wird, sondern diese Verordnungen lediglich als „persuasive authority“ für Schiedsgerichte gelten werden, kommt Pfeiffer, DRiZ 2020, 138, 140. Er begründet dies damit, dass die schiedsgerichtliche Praxis ohnehin weitgehend von einem Sonderkollisionsrecht für Schiedsgerichte ausgehe.

⁴⁸⁷ Ratifikation des NYÜ durch das Vereinigte Königreich am 24.9.1975, <<http://www.newyorkconvention.org/countries>>. S.a. Pfeiffer, DRiZ 2020, 138, 138.

⁴⁸⁸ Dicey, Morris and Collins, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-003 f.

⁴⁸⁹ Dicey, Morris and Collins, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-061.

⁴⁹⁰ Dicey, Morris and Collins, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-061; *Lesotho Highlands Development Authority v Impregilo SpA* [2005] UKHL 43, [2006] 1 A.C. 221; *B v A* [2010] EWHC 1626 (Comm.), Rn. 24 ff. (27) [2010] 2 Lloyd’s Rep. 681.

⁴⁹¹ Sec. 69 (1) Arbitration Act 1996: „Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) appeal to the court on a question of law arising out of an award made in the proceedings. An agreement to dispense with reasons for the tribunal’s award shall be considered an agreement to exclude the court’s jurisdiction under this section.“; siehe auch: Dicey, Morris and Collins, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-044 und 16_061.

⁴⁹² Dicey, Morris and Collins, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 16-061.

– eine Missachtung der Vorschriften der Rom I-VO vor den staatlichen Gerichten nicht anfechtbar.

Die Rechtslage vor Schiedsgerichten mit Sitz in England glich folglich bis zum Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU der Rechtslage vor Schiedsgerichten mit Sitz innerhalb der EU. Auch wurden gleiche Diskussionen zur Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO in der englischen Literatur geführt, wie sie auch in der deutschen Literatur aufzufinden sind. Gleichfalls wie in Deutschland war dabei auch in England eine Missachtung der Vorschriften der Rom I-VO – selbst wenn man eine Bindung der Schiedsgerichte annehmen würde – nicht durch die staatlichen Gerichte kontrollierbar. Eine solche Missachtung stellt in England keinen Anfechtungsgrund des Schiedsspruchs vor den staatlichen Gerichten dar. Zusätzliche Freiheit im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren vor den staatlichen Gerichten gewährte (und gewährt) in England außerdem Sec. 69 (1) Arbitration Act 1996, der einen Verzicht auf die Anfechtung des Schiedsspruchs durch Parteivereinbarung zulässt. Hieraus ergibt sich noch mehr Rechtssicherheit, dass auch keine Sonderfälle eine Anfechtung des Schiedsspruchs ermöglichen. Diese Rechtslage galt während des elfmonatigen Brexit-Übergangszeitraumes bis zum 31. Dezember 2020 für Schiedsgerichte mit Sitz in England weiter. Seit Ablauf des Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2020 sind zwar die Normen der Rom I-VO in das nationale Recht des Vereinigten Königreichs implementiert, jedoch besitzen sie keinen unionsrechtlichen Vorrang vor anderem nationalen Recht mehr. Die Annahme einer Bindung der Schiedsgerichte mit Sitz in England an die ins nationale Recht implementierte Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO in England erscheint sehr unwahrscheinlich. Folglich ist davon auszugehen, dass sich seit dem 1. Januar 2021 die Regelungen des anwendbaren Rechts vor Schiedsgerichten mit Sitz in England wieder – wie vor Geltung der Rom I-VO in England – allein nach dem Arbitration Act 1996 (insbesondere Sec. 46) richten.

3. Fazit

Die Analyse der Bindung der Schiedsgerichte mit Sitz außerhalb der EU und sich daraus eventuell ergebender Rechtsfluchtmöglichkeiten in reinen deutschen Inlandssachverhalten vor den §§ 305 ff. BGB hat ergeben, dass im Ergebnis nach Schweizer Recht keine kollisionsrechtlichen Grenzen für eine solche Rechtsflucht vor dem deutschen AGB-Recht in unternehmerischen Verträgen bestehen. Das Sonderkollisionsrecht der Artt. 176–194 IPRG-Schweiz stellt keine Grenzen und räumt den Schiedsgerichten Ermessen zur Bestimmung des anwendbaren Rechts ein. Eine vergleichbare Norm, wie die potenziell anwendbare Norm des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO bei Schiedsgerichten mit Sitz in der EU, besteht in der Schweiz nicht. In England bestand bis zum Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU für Schiedsgerichte mit

Sitz in der EU die gleiche Diskussion wie in der deutschen Literatur, ob Schiedsgerichte an die Rom I-VO gebunden seien. Diese Rechtslage galt bis zum Ende des Brexit-Übergangszeitraumes weiter. Für den Zeitraum seit dem Ablauf des Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2020 sind zwar die Normen der Rom I-VO in das nationale Recht des Vereinigten Königreichs implementiert, sie genießen nun jedoch erst recht keinen Anwendungsvorrang vor den sonstigen nationalen Rechtsvorschriften in England mehr. Dies lässt eine Beachtung der Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO in Form der Implementierung in das nationale Recht durch Schiedsgerichte mit Sitz in England für Rechtsfluchten vor den §§ 305 ff. BGB in reinen deutschen Inlandsverhalten als noch weniger rigide erscheinen, als es ohnehin schon der Umgang der Schiedsgerichte mit Sitz in England während der Geltung der Rom I-VO in England war. Unabhängig vom Zeitraum vor oder nach dem Brexit war in England bislang eine Anwendung des falschen Rechts kein Grund zur Anfechtung beziehungsweise Nichtanerkennung einer schiedsgerichtlichen Entscheidung nach dem Arbitration Act 1996, sodass Fehlanwendungen auch im englischen Recht nicht zu einer Ablehnung der Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs führen würden – wie es auch der Rechtslage im deutschen Recht entspricht.

III. Praxis der Schiedsgerichte im Umgang mit den §§ 305 ff. BGB

Es stellt sich die Frage, wie die Praxis der Schiedsgerichte im Umgang mit Fragen zur deutschen AGB-Kontrolle aussieht. Berücksichtigen Schiedsgerichte die BGH-Rechtsprechung zu den Anforderungen eines „Aushandelns“ i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB oder die Indizwirkung für die Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr für die Auslegung des § 307 BGB? Dies ist schwierig zu beantworten, da aufgrund der Nichtveröffentlichung vieler Schiedssprüche und dem Grundsatz der Geheimhaltung ein umfassender Einblick in die Schiedsgerichtspraxis nicht möglich ist. Zudem endet in der Praxis wohl ein erheblicher Prozentsatz der Schiedsverfahren durch einen Vergleich, der auch unveröffentlicht bleibt und dadurch weitere Einsicht in die schiedsgerichtliche Praxis verhindert.⁴⁹³ Einblicke erlauben die wenigen, veröffentlichten Entscheidungen. Außerdem ermöglichen auch die empirischen Daten der *Leuschner*-Studie aus 2014, in der Schiedsexperten befragt wurden, einen Einblick in die schiedsgerichtliche Praxis.

In einem Schiedsspruch der ICC aus Januar 2001 zum deutschen AGB-Recht war in der Sache die Wirksamkeit einer formularmäßigen Haftungsbegrenzung auf 5 % des Auftragswertes zwischen den Parteien streitig.⁴⁹⁴ Nicht klar er-

⁴⁹³ Zu den hohen Vergleichszahlen in der Schiedsgerichtsbarkeit: *Mankowski*, RIW 2011, 30, 36.

⁴⁹⁴ Internationaler Schiedsgerichtshof der ICC, Zwischen- und Teilschiedsspruch vom 29. Januar 2001 – Schiedsverfahren Nr. 10279 (Veröffentlichung mit Genehmigung des

kennbar aus den veröffentlichten Teilen ist, ob die betroffenen Vertragsparteien allesamt deutsche Unternehmen waren.⁴⁹⁵ Das Schiedsgericht entschied, dass der Vertrag der Parteien „ausgehandelt“ sei i.S.d. § 1 Abs. 2 AGBG (altes Recht, entspricht Wortlaut des aktuellen § 305 Abs. 1 S. 3 BGB).⁴⁹⁶ Die Parteien verwendeten für ihren Vertrag ein von der Beklagten in allen von ihr geschlossenen Verträgen gleich gelagertes Klauselwerk.⁴⁹⁷ Nach Ansicht des Schiedstribunals waren beide Vertragsparteien selbstständige Unternehmen – keine Verbraucher – und ihre Repräsentanten im internationalen Wirtschaftsleben augenscheinlich erfahren.⁴⁹⁸ Die mündlichen Vertragsverhandlungen der Parteien über die Haftungsbegrenzungsklausel zeigten nach Ansicht des Tribunals, dass die Klägerin die reale Möglichkeit besaß, den Inhalt der Haftungsbegrenzungsklausel zu beeinflussen.⁴⁹⁹ Mithin hat das Schiedsgericht hierin ein Aushandeln am Maßstab der deutschen AGB-Kontrolle gesehen und eine Anwendung der AGB-Kontrolle verneint. Dies lässt keine mildereren oder abweichenden Anforderungen durch das Schiedsgericht an ein Aushandeln erkennen, als die der BGH-Rechtsprechung es erfordern.

Den Weg, eine andere Auslegung der §§ 305 ff. BGB vor Schiedsgerichten zu gehen, wurde *Berger* zufolge hingegen in der Praxis im ICC-Verfahren, ICC-Schiedsspruch Nr. 10279, versucht.⁵⁰⁰ Die Schiedsrichter entschieden sich der Darstellung *Bergers* zufolge, der BGH-Rechtsprechung nicht zu folgen und erachteten eine Haftungsbegrenzungsklausel in einem internationalen Anlagenliefervertrag als „verhandelt“ und damit „ausgehandelt“, sodass keine AGB-Klausel vorlag und die Haftungsbegrenzungsklausel wirksam war.⁵⁰¹ Auch der Bericht *Terciers*, der schiedsrechtliche Erfahrung als Schiedsrichter und als Präsident des Schiedsgerichtshofs der Internationalen

Internationalen Schiedsgerichtshof der Internationalen Handelskammer (ICC International Court of Arbitration), 38 Cours Albert 1er, 75008 Paris, Frankreich, <www.iccarbitration.org>), SchiedsVZ 2005, 108 ff. m. Anm. *Hobeck*.

⁴⁹⁵ Internationaler Schiedsgerichtshof der ICC, Zwischen- und Teilschiedsspruch vom 29. Januar 2001 – Schiedsverfahren Nr. 10279, SchiedsVZ 2005, 108, 109 – spricht nur von einer Klägerin „nordischen Rechts“ und gibt gar keine Herkunftsinformationen bezüglich der Beklagten.

⁴⁹⁶ Internationaler Schiedsgerichtshof der ICC, Zwischen- und Teilschiedsspruch vom 29. Januar 2001 – Schiedsverfahren Nr. 10279, SchiedsVZ 2005, 108, 111.

⁴⁹⁷ Internationaler Schiedsgerichtshof der ICC, Zwischen- und Teilschiedsspruch vom 29. Januar 2001 – Schiedsverfahren Nr. 10279, SchiedsVZ 2005, 108, 110.

⁴⁹⁸ Internationaler Schiedsgerichtshof der ICC, Zwischen- und Teilschiedsspruch vom 29. Januar 2001 – Schiedsverfahren Nr. 10279, SchiedsVZ 2005, 108, 111.

⁴⁹⁹ Internationaler Schiedsgerichtshof der ICC, Zwischen- und Teilschiedsspruch vom 29. Januar 2001 – Schiedsverfahren Nr. 10279, SchiedsVZ 2005, 108, 111.

⁵⁰⁰ Vgl. *Berger*, in: FS Elsing 2015, 15, 27 mit Verweis auf ICC-Schiedsspruch Nr. 10279.

⁵⁰¹ Vgl. *Berger*, in: FS Elsing 2015, 15, 27 mit Verweis auf ICC-Schiedsspruch Nr. 10279.

Handelskammer (ICC) hat, deutet auf eine ähnliche Haltung der Schiedsgerichte hin, wie der Bericht *Bergers*.⁵⁰² Beide deuten auf eine mildere Handhabung der Schiedsgerichte mit dem staatlichen Recht hin. Seiner Ansicht nach seien Schiedsrichter oft versucht, sich gewisse Freiheiten bei der Anwendung des nationalen Rechts zu nehmen.⁵⁰³ Er berichtet von einem Schiedsverfahren, in dem er sich als Einzelschiedsrichter entschied, eine Norm des Schweizer Obligationenrechts (Art. 404 OR-Schweiz) entgegen der ständigen Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts auszulegen.⁵⁰⁴ Obwohl ein Richter dies nicht so hätte machen können, wurden *Terciers* Bericht zufolge keine Rechtsbehelfe eingelegt und die Lösung des Schiedsgerichts angenommen.⁵⁰⁵ Diese beiden Darstellungen *Bergers* und *Terciers* lassen eher vermuten, anders als der ICC-Schiedsspruch aus Januar 2001, dass Schiedsgerichte milder im Umgang mit den §§ 305 ff. BGB im unternehmerischen Verkehr sind als die deutschen staatlichen Gerichte.

Die Ergebnisse der *Leuschner*-Studie (2014) sind daneben wenig aufschlussreich und erlauben weder den Rückschluss auf eine mildere noch eine vergleichbare Handhabung der Schiedsgerichte in der Auslegung der §§ 305 ff. BGB. In der Studie wurde ein Fragebogen an Experten der Schiedsgerichtsbarkeit versandt, von dem 193 vollständig ausgefüllte Fragebögen zurückkamen.⁵⁰⁶ Eine Streuung der Schiedserfahrung der Befragten lag hierbei vor, bei denen ein kleiner Teil (54 Befragte = 28 %) eine durchschnittliche Schiedserfahrung von 25 Verfahren hatte, während der Großteil der Befragten (136 Befragte = 72 %) lediglich bei einem Durchschnitt von 6,5 Verfahren lagen.⁵⁰⁷ Zur Relevanz des AGB-Rechts in Schiedsverfahren ergab die Umfrage, dass in 24,61 % (Antworten „Gesamt“) der zwischen Unternehmen durchgeführten Schiedsverfahren, in denen deutsches Recht Anwendung findet, die Wirksamkeit vertraglicher Regelungen unter Hinweis

⁵⁰² Vgl. *Tercier*, Rechtsdurchsetzung ohne Staat, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung ohne Staat (2019), S. 45, 56 ff.

⁵⁰³ *Tercier*, Rechtsdurchsetzung ohne Staat, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung ohne Staat (2019), S. 45, 56.

⁵⁰⁴ Siehe *Tercier*, Rechtsdurchsetzung ohne Staat, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung ohne Staat (2019), S. 45, 56 f. Die Parteien des dem Verfahren zugrundeliegenden Vertrags waren eine Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz und die andere in Asien. Der Vertrag sei *Terciers* Bericht zufolge durchgehend mit der Erwartung verhandelt worden, dass er dem englischen Recht unterstellt würde, wurde im letzten Moment jedoch auf Drängen der Schweizer Partei dem Schweizer Recht unterstellt.

⁵⁰⁵ *Tercier*, Rechtsdurchsetzung ohne Staat, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung ohne Staat (2019), S. 45, 57.

⁵⁰⁶ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 5.

⁵⁰⁷ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 5 ff. und S. 192 ff., Frage 1, Abbildung 2.

auf die §§ 305 ff. BGB infrage gestellt wurde.⁵⁰⁸ Von der AGB-Einrede hierbei betroffen sind den Antworten der Schiedsbeteiligten zufolge am häufigsten „Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse“.⁵⁰⁹ Bei der Erkundigung bei den Schiedsexperten, in ungefähr wie vielen Fällen, in denen die AGB-Einrede erhoben wurde, diese Einfluss auf das Ergebnis des Schiedsverfahrens hatte, sind die meistbenannten Antwortmöglichkeiten auf beide Ränder des Spektrums verteilt.⁵¹⁰ Dies zeigt einerseits keine klare Tendenz, zeigt gleichzeitig jedoch auch, dass die Beurteilung extrem Fallabhängig ist und jedes Ergebnis erzielen kann, je nach Schiedsrichtern.

Ein ähnliches Bild geben die Antworten auf die Frage ab, die die Schiedsexperten danach fragte, in ungefähr wie vielen Fällen, in denen die AGB-Einrede erhoben wurde, das Schiedsgericht die Qualifikation der angegriffenen Regelung als AGB (statt als Individualabrede) ernsthaft in Erwägung gezogen hat.⁵¹¹ Die Antworten zeigen, dass die meisten Schiedsexperten ernsthaft die Qualifikation der Regelung als AGB statt als Individualabrede entweder in 0 % der Fälle oder in über 90–100 % der Fälle ernsthaft in Erwägung ziehen würden.⁵¹² Interessant für Erkenntnisse des Umgangs der Schiedsgerichte in der Praxis mit den Vorschriften der §§ 305 ff. BGB ist an diesen Antworten, dass 40,3 % der Antworten angaben, dass das Schiedsgericht die Qualifikation der angegriffenen Regelung als AGB (statt als Individualabrede) in über 90–100 % ernsthaft in Erwägung gezogen hätte. Was für eine vergleichbare Handhabung der Schiedsgerichte im Umgang mit den §§ 305 ff. BGB in über einem Drittel der Fälle spricht. Es zeigt gleichzeitig jedoch auch, dass in über der Hälfte der Fälle keine vergleichbare Handhabung zwischen Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten in diesem Zusammenhang erfolgt. Diese Umfragedaten erlauben weder die Annahme eines vergleichbaren noch eines mildereren Umgangs der Schiedsgerichte mit der AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB in der Praxis.

⁵⁰⁸ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 201, Frage 9, Abbildung 12 und Tabelle 8 (Mittelwert „Gesamt“) (Mittelwert „Experten“: 20,48 %).

⁵⁰⁹ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 203 Frage 9a, Abbildung 14 (sowohl bei „Gesamt“ (82,2 %) als auch bei „Experten“ (95,6 %) der meist genannte Grund).

⁵¹⁰ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 204 Frage 9b, Abbildung 15. 32,6 % der Gesamtantworten waren bei 0 % und 23,3 % der Gesamtantworten bei > 90–100 %. Die anderen Antwortmöglichkeiten erhielten zwischen 1,5 % bis 17,1 % der Gesamtantworten.

⁵¹¹ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 205 Frage 9c, Abbildung 16.

⁵¹² 21,7 % der Gesamtantworten waren bei 0 % und 40,3 % der Gesamtantworten bei > 90–100 %. Die anderen Antwortmöglichkeiten erhielten zwischen 0,8 % bis 12,4 % der Gesamtantworten.

Auf die Frage „Welcher der nachfolgenden Umstände führt Ihrer Erfahrung nach dazu, dass Schiedsgerichte Haftungsbeschränkungen als Individualvereinbarung qualifizieren?“, die sich nach den Anforderungen eines „Aushandelns“ i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB erkundigt, gaben 62,0 % der Befragten an, dass es ausreichen würde, wenn der Vertrag intensiv verhandelt wurde.⁵¹³ Daneben erhielt die Antwortmöglichkeit „textliche Änderungen der Haftungsbeschränkungsklausel im Vergleich zu Erstentwurf“ 59,7 % und „intensive Verhandlungen über Modalitäten der Haftungsbeschränkung“ 48,8 % der Antworten der gesamten Befragten.⁵¹⁴ Die Antworten waren dabei von der Umfrage vorgegeben. Eine Antwortoption, die die Möglichkeit der Einflussnahme auf den gesetzesfremden Kerngehalt, wie der BGH die Anforderungen an das Aushandeln ansetzt, stand nicht zur Verfügung. Die meistbenannte Antwortmöglichkeit „der Vertrag wurde intensiv verhandelt“ würde nicht ausreichen für ein Aushandeln der Haftungsbeschränkungsklausel i.S.d. BGH-Rechtsprechung, wenn das Verhandeln kein ernsthaftes zur Disposition stellen der betroffenen Klausel umfasst. Dies könnte auf eine mildere Handhabung der Schiedsgerichte hinweisen. Mit Sicherheit vermögen diese Umfrageergebnisse jedoch nicht einen solchen Rückschluss zuzulassen. Die zweitmeist benannte Antwort „textliche Änderungen der Haftungsbeschränkungsklausel im Vergleich zu Erstentwurf“ hingegen spricht für ein ernsthaftes zur Disposition stellen der Haftungsbeschränkungsklausel und entspricht demnach den Anforderungen der BGH-Rechtsprechung. Dies wiederum spricht eher für einen vergleichbaren Umgang der Schiedsgerichte mit den §§ 305 ff. BGB in der Praxis. Letztlich verbleiben die diversen Umfragedaten der *Leuschner*-Studie (2014) ohne klare Tendenz für den Umgang der Schiedsgerichte mit den §§ 305 ff. BGB.

Im Ergebnis legen die Umfragedaten der *Leuschner*-Studie (2014) an die Schiedsexperten weder nahe, dass Schiedsgerichte die Anforderungen an ein Aushandeln i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB milder, noch, dass sie es vergleichbar beurteilen würden, wie die deutschen staatlichen Gerichte beziehungsweise der BGH. Die Daten legen lediglich eine Relevanz des AGB-Rechts auch im Schiedsverfahren nahe und zeigen, dass der Umgang mit Fragen des „Aushandelns“ i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB sehr unterschiedlich, abhängig vom jeweiligen Schiedsgericht beurteilt wird und dabei teilweise ähnlich, teilweise abweichend von der BGH-Rechtsprechung ist.

⁵¹³ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 206 Frage 9d (62,0 % Antworten „Gesamt“, 75,6 % Antworten „Experten“).

⁵¹⁴ Experten gaben für „Textliche Änderungen der Haftungsbeschränkungsklausel im Vergleich zu Erstentwurf“ 68,9 % an und für „Intensive Verhandlungen über Modalitäten der Haftungsbeschränkung“ 55,6 % an.

Es ist somit weder anhand der ICC-Schiedssprüche beziehungsweise den Berichten über diese, noch anhand der empirischen Daten der Befragten mit Schiedserfahrung ersichtlich oder ablesbar, ob Schiedsgerichte die Anforderungen der deutschen AGB-Kontrolle milder oder vergleichbar mit der deutschen Rechtsprechung des BGH beurteilen. Die Analyse konnte aufgrund der nur wenigen veröffentlichten Schiedssprüche und der auf die Anzahl der Umfrageteilnehmer beschränkten Studie an im Schiedsverfahren beteiligte Personen jedoch nur einen kleinen Einblick vornehmen, der nur einen ersten Eindruck vermittelt.

IV. Fazit und Konsequenzen für Reformfrage

Zusammenfassend zu den Rechtsfluchtmöglichkeiten vor den §§ 305 ff. BGB in unternehmerischen Verträgen vor Schiedsgerichten zeigt die Analyse, dass vor Schiedsgerichten ebenso wie vor den staatlichen Gerichten weiträumige Rechtswahlmöglichkeiten für internationale Verträge mit grenzüberschreitendem Element bestehen, ohne dass das zwingende deutsche AGB-Recht durchgreifen würde. Bei Inlandssachverhalten gebieten die Schiedsgerichte, zumindest nach Meinung derer, die eine Bindung der Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht verneinen, sogar noch weitere Freiheit als die staatlichen Gerichte. Bei staatlichen Gerichten wäre im Gegensatz zu den Schiedsgerichten bei reinen Inlandssachverhalten eine Rechtsflucht aufgrund des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO vor dem zwingenden deutschen AGB-Recht vor Gerichten der EU-Mitgliedstaaten nicht möglich. Vor Schiedsgerichten mit Sitz in der EU könnten Grenzen aufgrund des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO in reinen Inlandssachverhalten jedoch bestehen. Dies hängt von der Beurteilung der Frage ab, ob Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht und insbesondere an die Rom I-VO gebunden sind. Wobei unabhängig von der Beantwortung der Frage eine Anwendung des falschen Rechts im Schiedsverfahren außer in Extremfällen einer Anerkennung- und Vollstreckung des Schiedsspruchs vor den staatlichen Gerichten unterhalb der Schwelle des *ordre public* in der Regel nicht entgegensteht. Somit würden unabhängig von der Frage einer Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO einer Missachtung der Vorschriften der Rom I-VO unterhalb der *ordre public*-Schwelle – das heißt auch die Missachtung der Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO – *de facto* keine Hindernisse oder Abwehrmöglichkeit entgegenstehen.

Vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz zeigt das schweizerische Kollisionsrecht, dass selbst in reinen deutschen Inlandssachverhalten einer Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB keine kollisionsrechtlichen Grenzen gesetzt sind. Dies gilt für internationale Schiedsverfahren. Für rein inländische, schweizerische Schiedsverfahren finden andere Regelungen Anwendung, die für eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB jedoch nicht relevant sind. Vor Schiedsgerichten mit Sitz in England hing die Rechtslage post-

Brexit nach Ablauf des Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2020 zunächst noch lange Zeit von der Frage eines Zustandekommens eines Austrittsabkommens zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich und dessen Inhalt ab. Das letztendlich vereinbarte Austrittsabkommen vom 31. Dezember 2020 trifft jedoch keine Regelungen zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht im Zusammenhang mit der Handelsschiedsgerichtsbarkeit, sodass sich seit dem 1. Januar 2021 die Regelungen des anwendbaren Rechts vor Schiedsgerichten mit Sitz in England wieder – wie vor Geltung der Rom I-VO in England – allein nach dem Arbitration Act 1996 (insbesondere Sec. 46) richten. Unabhängig vom Brexit-Austrittsabkommen vom 31. Dezember 2020 war und ist weiterhin eine fehlerhafte Rechtsanwendung durch ein Schiedsgericht mit Sitz in England gem. Sec. 68 Arbitration Act 1996 kein Versagungsgrund gegen die Anerkennung und Vollstreckung einer schiedsgerichtlichen Entscheidung, womit eine Missachtung der §§ 305 ff. BGB keinen Versagungsgrund gegen eine solche Entscheidung darstellt. Zudem gestattet Sec. 69 (1) Arbitration Act 1996 einen Verzicht durch Parteivereinbarung auf die Anfechtung des Schiedsspruchs.

Somit bestehen weitreichende Rechtsfluchtmöglichkeiten vor den §§ 305 ff. BGB vor Schiedsgerichten. Diese bestehen vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz mit Sicherheit und vor Schiedsgerichten mit Sitz in England ist davon auszugehen, dass eine solche Rechtsfluchtmöglichkeit seit Ablauf des Brexit-Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2020 und der dadurch entfallenden Bindung an die Vorschriften der Rom I-VO als EU-Recht ebenfalls besteht. Vor Schiedsgerichten mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU hängt eine wirksame Rechtsfluchtoption vor der deutschen AGB-Kontrolle im B2B-Verkehr noch von einer gesetzgeberischen oder höchstgerichtlichen Entscheidung ab, eine solche Rechtsflucht ist jedoch bereits jetzt *de facto* durchsetzbar.

Darüber hinaus bestehen bei der Entscheidungsmöglichkeit durch das Schiedsgericht als *amiable compositeur*, die sowohl vor Schiedsgerichten mit Sitz in Deutschland wie auch vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz und England (seit Erlass des Arbitration Act 1996) besteht, noch weniger Grenzen. Unabhängig von der Bindung der Schiedsgerichte an staatliches Kollisionsrecht bestehen keine Grenzen für eine Abwahl der §§ 305 ff. BGB – auch in rein deutschen Inlandsfällen. Eine solche Lösung bietet zwei deutschen Parteien hinsichtlich der Abwahl der §§ 305 ff. BGB bei rein deutschen Inlandsverträgen mithin eine – nach derzeitigem Erkenntnisstand – sichere Lösung ohne Grenzen. Ob man ein Schiedsgericht zu einer Billigkeitsentscheidung ermächtigen möchte und welche Risiken dies birgt, ist wiederum eine andere Frage.⁵¹⁵

⁵¹⁵ Siehe hierzu: Redfern / Hunter, 2015, Rn. 3.192–3.197.

Für die Reformfrage des deutschen AGB-Rechts im B2B-Verkehr bedeutet dies, dass die Schiedsgerichte noch mehr Rechtsfluchtmöglichkeiten, auch möglicherweise in reinen Inlandssachverhalten innerhalb der EU bieten. Somit können derzeit Unternehmen in ihren B2B-Verträgen durch eine Schiedsklausel in Kombination mit der Wahl einer ausländischen Rechtsordnung weitreichend vor der Kontrolle der §§ 305 ff. BGB flüchten. Da diese Fluchtmöglichkeiten bestehen, ist in einem zweiten Schritt zu fragen, ob eine Rechtsflucht wirklich aufgrund der §§ 305 ff. BGB erfolgt⁵¹⁶ und ob die deutsche AGB-Kontrolle strenger im Umgang mit Haftungsbeschränkungsklauseln im B2B-Verkehr ist als die viel gewählten ausländischen Rechtsordnungen.⁵¹⁷ Denn wenn dies nicht der Fall wäre, dann würde auch eine Liberalisierung der deutschen AGB-Kontrolle für unternehmerische Verträge keine vermehrte Wahl der deutschen Rechtsordnung bezwecken können.⁵¹⁸

C. Fazit und Konsequenzen für die Reformfrage

Die Analyse zeigt, dass weitreichende Rechtsfluchtmöglichkeiten vor den §§ 305 ff. BGB in Handelsverträgen durch die Wahl eines ausländischen Rechts bestehen. Unbeschränkte Rechtsfluchtmöglichkeiten bestehen in Verträgen mit einem internationalen Element vor staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten innerhalb der EU, in der Schweiz und in England. Vor Schweizer Gerichten ist sogar in reinen deutschen Inlandssachverhalten eine Rechtsflucht vor der deutschen AGB-Kontrolle im B2B-Verkehr möglich. Vor staatlichen Gerichten in England post-Brexit seit Ablauf des Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2020 könnte in Zukunft eine wirksame Rechtsfluchtmöglichkeit vor den §§ 305 ff. BGB auch in reinen deutschen Inlandssachverhalten bestehen. Dies hängt jedoch noch von der künftigen Auslegung der ins nationale Recht implementierten Vorschriften der Rom I-VO (insb. des implementierten Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO) durch die Gerichte im Vereinigten Königreich ab. Ob diese von der bisherigen EuGH-Rechtsprechung abweichen wird, bleibt abzuwarten.

Vor den staatlichen Gerichten der EU-Mitgliedstaaten beschränkt hingegen in reinen deutschen Inlandssachverhalten Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB. Dasselbe gilt bei einer Wahl des CISG als auf den Vertrag anwendbares Recht: Die Wahl des CISG ermöglicht in reinen deutschen Inlandssachverhalten keine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff.

⁵¹⁶ Siehe hierzu Kapitel 3.

⁵¹⁷ Siehe hierzu Kapitel 4.

⁵¹⁸ Ob eine alleinige AGB-Reform überhaupt ausreichend Einfluss auf die unternehmerische Rechtswahl in Handelsverträgen hätte, ist fraglich und wird in Kapitel 3 ausführlich analysiert.

BGB; in internationalen Vertragskonstellationen kann hingegen erfolgreich durch die Wahl des CISG in Kombination mit einer subsidiären Rechtswahl zugunsten einer anderen Rechtsordnung als der deutschen vor den §§ 305 ff. BGB im B2B-Verkehr geflüchtet werden. Ob Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO auch vor Schiedsgerichten mit Sitz in der EU der deutschen AGB-Kontrolle Wirkung in B2B-Verträgen verleiht, hängt von der Frage einer Bindung der Schiedsgerichte mit Sitz innerhalb der EU an die Rom I-VO ab. Diese Frage ist bislang umstritten und noch nicht abschließend geklärt. Gleichzeitig wäre unabhängig von der Frage einer Bindung eine falsche Rechtsanwendung durch das Schiedstribunal, außer in Extremfällen, nicht durch eine staatliche Kontrolle im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren abzuwenden. Für Schiedsgerichte mit Sitz in England post-Brexit seit Ablauf der Übergangsphase am 31. Dezember 2020 hat sich die Rechtslage zugunsten einer Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in Handelsverträgen auch in reinen deutschen Inlandssachverhalten abgeändert und zugunsten einer Rechtsfluchtmöglichkeit entwickelt. Die vor dem Brexit möglicherweise eingreifende Grenze der Rom I-VO gilt seit dem 1. Januar 2021 in England nicht mehr in Form einer EU-Verordnung, sondern lediglich als ins nationale Recht implementierte Vorschriften. Eine Auslegung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO als Grenze für Schiedsgerichte erscheint sehr unwahrscheinlich durch die englische Rechtsprechung und Literatur. Darüber hinaus bestehen bei der Ermächtigung des Schiedsgerichts zur Billigkeitsentscheidung keine Grenzen für eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in B2B-Verträgen – dies gilt auch in reinen deutschen Inlandssachverhalten.

Veranschaulicht man die gefundenen Ergebnisse der Analyse der Frage, in welchen Konstellationen vor den §§ 305 ff. BGB in unternehmerischen Verträgen wirksam geflüchtet werden kann, in einer Übersicht, sieht dies in einer Tabelle wie folgt aus:

Rechtsfluchtmöglichkeiten vor den §§ 305 ff. BGB in unternehmerischen Verträgen

Forum Vertragskonstellation	Staatl. Gerichte der EU-MGS	Staatl. Gerichte der Schweiz	Staatl. Gerichte in England (post-Brexit seit 1.1.2021)*	Schiedsgerichte mit Sitz in EU-MGS	Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz	Schiedsgerichte mit Sitz in England (post-Brexit seit 1.1.2021)*
Rein deutscher Inlandssachverhalt	-	+	+/- (Tendenz: +)	+/- **	+	+/- (Tendenz: +)
Internationaler Sachverhalt	+	+	+	+	+	+

* seit Ablauf des Übergangszeitraumes am 31.12.2020.

** ggf. Verstoß gegen die Rom I-VO, jedoch faktisch steht einer Flucht im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren nichts entgegen.

Legende:

(+) = Rechtsflucht ist möglich durch ausländische Rechtswahl im Vertrag.

(-) = Keine Rechtsflucht ist möglich – trotz ausländischer Rechtswahl im Vertrag.

(+)/(-) = Ob eine Rechtsflucht möglich ist, ist bislang ungeklärt bzw. umstritten und kann nicht ohne Rechtsunsicherheit vorausgesagt werden.

Die Tabelle veranschaulicht, dass nur für reine deutsche Inlandssachverhalte überhaupt Grenzen für eine Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in unternehmerischen Verträgen bestehen. Dabei sind selbst diese Grenzen teilweise noch nicht abschließend geklärt oder umstritten (siehe „+/-“ im Schiedsrecht für Schiedsgerichte mit Sitz in der EU und für staatliche Gerichte in England und Schiedsgerichte mit Sitz in England post-Brexit nach Ablauf des Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2020). Es besteht nur ein einziges Feld mit einer klaren Grenze für eine Rechtsflucht (siehe „-“): Vor staatlichen Gerichten der EU-Mitgliedstaaten sind einer Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in reinen deutschen Inlandssachverhalten im B2B-Verkehr kollisionsrechtlich Schranken gesetzt.

Für die Reformfrage lassen sich angesichts der Ergebnisse der Analyse dieses Kapitels zweierlei Konsequenzen ziehen: Einerseits verbleiben wenige Konstellationen in denen dem einfach zwingenden deutschen Recht der §§ 305 ff. BGB ein kollisionsrechtlicher Durchgriff gewährt wird. Mithin können Unternehmen nach derzeitiger Rechtslage vor der deutschen AGB-Kontrolle in Handelsverträgen ausweichen, wenn sie wollten. Diese weiten Wahlmöglichkeiten könnten für eine Reform des deutschen AGB-Rechts im unternehmerischen Verkehr sprechen, um den Unternehmen bei weitreichender Wahlmöglichkeit des anwendbaren Vertragsrechts, die Wahl des deutschen Vertragsrechts attraktiv zu machen.

Andererseits gilt diese erste Überlegung, aus den weitreichenden Rechtsfluchtmöglichkeiten ein Reformbedürfnis des AGB-Rechts abzuleiten, jedoch nur, wenn Unternehmen eine Rechtsflucht tatsächlich aufgrund der §§ 305 ff. BGB vornehmen würden und nicht andere Faktoren ausschlaggebend bei der unternehmerischen Rechtswahl in Handelsverträgen sind. Nur wenn Unternehmen tatsächlich in andere Rechtsordnungen im Vertragsrecht ausweichen, um für sie „attraktiveres“ materielles AGB-Recht zu erlangen, nur dann bestünde ein Grund für eine Reform des deutschen AGB-Rechts aufgrund der analysierten weitreichenden Ausweichmöglichkeiten vor der deutschen AGB-Kontrolle.

Außerdem müssten die anderen, in Handelsverträgen viel gewählten Rechtsordnungen tatsächlich eine liberalere Handhabung von Haftungsfreizeichnungsklauseln bereitstellen. Wenn dies nicht der Fall ist, dann würde auch eine Liberalisierung der deutschen AGB-Kontrolle in unternehmerischen Verträgen keine häufigere Wahl der deutschen Rechtsordnung bezwecken, wenn Unternehmen tatsächlich aufgrund der Qualität der AGB-Kontrolle des Vertragsrechts einer Rechtsordnung ihre Rechtswahl in Handelsverträgen treffen würden.

Welchen Einfluss das AGB-Recht auf die unternehmerische Rechtswahl in Handelsverträgen hat (Kapitel 3) und wie streng oder liberal die AGB-Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln in anderen Rechtsordnungen, insbesondere den in B2B-Verträgen viel gewählten Rechtsordnungen, ist (Kapitel 4), wird nachfolgend analysiert. Abschließend stellt sich zudem die Frage, welche Konsequenzen der deutsche Gesetzgeber aus den gefundenen Analyseergebnissen ziehen sollte und ob sich daraus ein Handlungsbedarf für den Gesetzgeber hinsichtlich einer AGB-Reform für unternehmerische Verträge im deutschen Recht ergibt (Kapitel 5).

Kapitel 3

Einfluss des AGB-Rechts auf die Rechtswahl von Unternehmen in Handelsverträgen

Dass Unternehmen in ihren Handelsverträgen, insbesondere ihren internationalen Handelsverträgen eine weitgehende Rechtswahlmöglichkeit haben und nur im engen Umfang kollisionsrechtlichen Grenzen ausgesetzt sind, zeigt die Analyse des Kapitels 2. Es stellt sich die Frage, welchen Einfluss bei der Rechtswahl in unternehmerischen Verträgen jedoch das deutsche AGB-Recht hat. Ist das deutsche AGB-Recht tatsächlich ursächlich für eine Abwahl des deutschen Rechts in nationalen und internationalen Handelsverträgen und wird wegen der deutschen AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr vor dem deutschen Recht geflüchtet? Dies wird zumindest von vielen Befürwortern einer AGB-Reform als ein gewichtiger Grund für eine Reform ins Feld geführt.¹ Wenn die §§ 305 ff. BGB tatsächlich Unternehmen zum „Flüchten“ vor der deutschen Rechtsordnung bewegen, dann würde dies ein gewichtiger Grund pro AGB-Reform in der Waagschale der Reformdiskussion darstellen. Wenn jedoch keine Ursächlichkeit vorliegt, dann kann das Argument einer Rechtsflucht vor dem deutschen AGB-Recht nicht als Argument für eine Reform der §§ 305 ff. BGB angebracht werden.²

Ob das AGB-Recht bei der Rechtswahl ein entscheidender Faktor ist, der Unternehmen von der Wahl des deutschen Rechts abschreckt, ist nicht nachgewiesen. Allerdings sind Beiträge, die die Vorzeigelösung einer Rechtsflucht in das schweizerische, das österreichische oder das englische Recht hervorheben, um der umfassenden Klauselkontrolle der §§ 305 ff. BGB zu

¹ So bspw. durch Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, Gesetzgebungsvorschlag, April 2015, S. 2 f.; *Valdini*, ZIP 2017, 7; *Maier-Reimer*, NJW 2017, 1, 4; *Maier-Reimer/Niemeyer*, NJW 2015, 1713, 1719 (zur Flucht in ausländische Rechtsordnungen sowie ins Schiedsrecht); *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 163; *Hobeck*, SchiedsVZ 2005, 108, 112; *Berger*, NJW 2010, 465, 467, 470; *Brachert/Dietzel* ZGS 2005, 441; *Abels*, FAZ, Recht und Steuern, 7.8.2007; *Kondring*, RIW 2012, H.11, I; *Richter*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im B2B-Verkehr in Deutschland, der Schweiz und England, Diss. 2014, S. 2 f.; *Eidenmüller*, JZ 2009, 641, 645 vermutet die deutsche AGB-Inhaltskontrolle als Grund für geringe Popularität der deutschen Rechtsordnung in der Oxford Civil Justice Survey; spricht Auslandsrechtswahl immer wieder mit AGB-Recht und Umgehung an: *Kondring*, ZIP 2017, 706.

² Siehe kurzer Überblick über diese Hinterfragung der Ursächlichkeit des deutschen AGB-Rechts und einer Rechtsflucht anlässlich aktueller empirischer Daten im Jahr 2018 durch Verfasserin in: *Sommerfeld*, RIW 2018, 741 ff.

entfliehen, mannigfaltig.³ Das AGB-Recht kann im Streitfall über Millionenbeträge entscheiden. Es entscheidet über die Wirksamkeit formularmäßiger Haftungsausschlüsse und summenmäßiger Haftungsbeschränkungen, über Kostenallokationen und Risikozuschreibungen. Vorgeworfen wird von AGB-Reformbefürwortern, dass das deutsche AGB-Recht mit seiner Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB und seinen Anforderungen an das „Aushandeln“ von Klauseln gem. § 305 Abs. 1 BGB vergleichsweise strenger als in anderen Ländern sei.⁴ Insbesondere England und die Schweiz, aber auch in gewissem Maße Österreich hielten weniger strenges AGB-Recht bereit. Diese Rechtsordnungen schienen daher aus dem Blickwinkel der Haftungsbeschränkung attraktiver für deutsche Unternehmen.

Dass teilweise eine Rechtsflucht im B2B-Verkehr erfolgt, ist unbestritten. Ob das AGB-Recht jedoch der einzige oder der ausschlaggebende Grund für die Wahl ausländischer Rechtsordnungen ist, wird in diesem Kapitel hinterfragt. So könnten auch andere Faktoren bestehen, die die Rechtswahl von Unternehmen beeinflussen. Möglicherweise wird eine Ursächlichkeit des AGB-Rechts nur durch diejenigen vermutet, die von einer Lockerung des deutschen AGB-Rechts profitieren würden. Es könnte sein, dass nur mit lauter Stimme Lobbyarbeit für bestimmte und wichtige, aber nicht einzige Wirtschaftsinteressen betrieben wird.⁵ Wenn eine Kausalität⁶ behauptet wird, wird dann Korrelation mit Kausalität verwechselt? Möglicherweise bestehen sog. *Scheinkorrelationen*. Diese können fälschlicher Weise angenommen werden, wenn ein dritter Faktor gemeinsam die Ursache für zwei scheinbar miteinander korrelierende Faktoren ist.⁷ Eine solche Korrelation könnte vielmehr ein Argument der Kriti-

³ U.a.: Müller / Griebeler / Pfeil, BB 2009, 2658, 2659; Berger, ZIP 2006, 2149; ders., NJW 2010, 465, 466 f.; Lischek / Mahnken, ZIP 2007, 158, 163; Lenkaitis / Löwisch, ZIP 2009, 441, 447; ebenso Leuschner / Meyer, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 3 hinsichtlich England, Frankreich, USA, Österreich, Schweiz und Polen im Vergleich zu Deutschland.

⁴ Pfeiffer, in: FS Graf v. Westphalen, 2010, S. 555; Müller / Griebeler / Pfeil, BB 2009, 2658, 2662 ff.; Lischek / Mahnken, ZIP 2007, 158, 163; Lenkaitis / Löwisch, ZIP 2009, 441, 442 f.; Leuschner / Meyer, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 3, abrufbar unter: <http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht-AGB-Forschungsprojekt.pdf?__blob=publicationFile>.

⁵ Generell zum Wunsch starker Wirtschaftskreise, frei von staatlichen Eingriffen zu sein, Mankowski, Rechtskultur, 2016, S. 405.

⁶ Der Begriff „Kausalität“ wird hier im Sinne einer Ursächlichkeit oder zumindest überwiegender Mitursächlichkeit des deutschen AGB-Rechts als Beweggrund für eine ausländische Rechtswahl benutzt.

⁷ Goerg, in: Towfigh / Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 234 f. – mit Nennung des Schulbuchbeispiels der Scheinkorrelation von Geburten und Storchenpaaren, welche jedoch tatsächlich von dem gemeinsamen Faktor und Ursache der Großflächigkeit des Bundeslandes abhängen (je größer die Fläche, desto eher Kinder und Storche).

ker des deutschen AGB-Rechts sein, deren Reformwunsch eine solche Korrelation unterstützen würde. Dies wird nachfolgend untersucht.

Zunächst stellt sich die Frage, welche Parameter Unternehmen bei der Rechtswahl in Verträgen beeinflussen. Die Rechtswahl ist ein bedeutendes und geläufiges Vertragsgestaltungsinstrument in internationalen Handelsverträgen.⁸ Daher ist es umso interessanter, nach welchen Kriterien Unternehmen diese Wahl treffen. Um das AGB-Recht als *entscheidenden* Beweggrund für eine Rechtsflucht vor der deutschen Rechtsordnung ansehen zu können, müssten jedoch zwei Annahmen erfüllt sein: Erstens müssten Unternehmen ihre Rechtswahlentscheidung auf inhaltliche Merkmale des Vertragsrechts basieren. Zweitens müsste außerdem das AGB-Recht der ausschlaggebende Faktor für eine Abwahl des deutschen Rechts sein. Ziel dieses Kapitels ist es, diese Annahmen zu ergründen und zu hinterfragen. Stimmen sie nicht, entkräftet dies das Argument der Reformbefürworter, dass die Qualität des materiellen Rechts der einzige oder allein ausschlaggebende Entscheidungsfaktor für Unternehmen in der Rechtswahl in den Handelsverträgen ist. Der Vorwurf der Reformbefürworter, die §§ 305 ff. BGB würden der Attraktivität des Rechtsstandort Deutschlands erheblich schaden, würde hierdurch entkräftet werden.

Bei der Analyse der Anreizfaktoren für Unternehmen bei ihrer Rechtswahl in Handelsverträgen wird folglich auf vier Aspekte eingegangen: Zunächst wird der Umgang der Rechtswahl in Vertragsverhandlungen im unternehmerischen Rechtsverkehr in der Praxis beleuchtet und untersucht, ob Unternehmen ihre Rechtswahlentscheidung anhand inhaltlicher Vorzüge des Vertragsrechts treffen (Buchst. A). Möglicherweise erhält die Rechtswahl in der unternehmerischen Praxis weitaus weniger Beachtung, als ihrer rechtlichen Bedeutung eigentlich entsprechen würde. Sodann werden in einem zweiten Schritt die einzelnen Faktoren herausgearbeitet, die die unternehmerische Rechtswahl in Handelsverträgen beeinflussen (Buchst. B). Dies erfolgt durch theoretische Analyse, wirtschaftliche Argumentation und wird durch Ergebnisse empirischer Daten untermauert. Dem folgt eine Analyse der Maßgeblichkeit des AGB-Rechts unter diesen Faktoren (Buchst. C). Das Herausarbeiten der verschiedenen Faktoren ermöglicht es sodann, die der Rechtswahl zugrundeliegenden Mechanismen zu identifizieren und herauszustellen. Diese zugrundeliegenden Mechanismen werden in einem vierten Schritt herausgearbeitet (Buchst. D). Im Anschluss wird aufgezeigt, welche Auswirkungen

⁸ So gaben bspw. in der *Oxford Civil Justice Survey* (2008) 91 % der 100 befragten europäischen Unternehmen an, dass die Möglichkeit das anwendbare Recht in grenzüberschreitenden Transaktionen (cross-border transactions) wählen zu können für sie wichtig sei (Darunter gaben an: 49 % = very important; 42 % = important. *Oxford Civil Justice Survey* (2008), Frage 15, S. 13). 44 % der befragten Unternehmen wählten oft eine ausländische Rechtsordnung und weitere 41 % trafen „gelegentlich“ eine ausländische Rechtswahl. *Oxford Civil Justice Survey* (2008), Frage 16, S. 13.

eine AGB-Reform auf die „Attraktivität“ der deutschen Rechtsordnung haben könnte und welche Aspekte daneben unbeeinflusst blieben (Buchst. E). Letztlich werden auf Grundlage der durch die Analyse gefundenen Ergebnisse die Konsequenzen, die diese Ergebnisse für die Reformfrage haben, herausgestellt (Buchst. F).

A. Rechtswahl von Unternehmen anhand inhaltlicher Vorzüge des Vertragsrechts?

In diesem Abschnitt wird analysiert, ob die Rechtswahl von Unternehmen in Handelsverträgen anhand von inhaltlichen Vor- beziehungsweise Nachteilen des Vertragsrechts erfolgt. Dabei wird untersucht, wie Unternehmen die auf ihre B2B-Verträge anwendbaren Rechtsordnungen auswählen, wodurch ein Teilaspekt der Diskussion, ob ein Wettbewerb der Rechtsordnungen auf der Ebene des Vertragsrechts besteht, betroffen ist. Dies ist eine komplexe Frage, die bereits ausgiebig diskutiert wird. Es herrschen diverse Ansichten. Genannt seien hier nur *Kieninger*⁹, *Vogenauer*¹⁰, *Coester*¹¹ und *Rühl*¹² mit ihren ausführlichen Analysen zur Komplexität und dem Facettenreichtum der Thematik. Nach Ansicht mancher besteht ein Wettbewerb der Rechtsordnungen auf der Ebene des Vertragsrechts.¹³ Recht sei dabei zu einem Produkt geworden, das von natürlichen Personen und Unternehmen anhand seiner Attraktivität ausgewählt würde.¹⁴ Dabei sei für Unternehmen das Recht am attraktivsten, das eine minimalistische Haltung gegenüber dem Eingreifen und von Vorschriften für B2B-Verträge habe.¹⁵ Auch wenn die Informationskosten beachtlich seien, um das „attraktivste“ Recht für die eigenen Handelsverträge herauszufinden, so würden die *economies of scale*¹⁶ bei einer Vielzahl von Verträgen es doch lohnenswert machen, die Kosten auf sich zu nehmen und als Unternehmen die

⁹ *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002).

¹⁰ *Vogenauer*, ERPL 2013, 13 ff.

¹¹ *Coester*, Comment on *Vogenauer*, 285, 285 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013).

¹² *Rühl*, The Choice of Law Framework for Efficient Regulatory Competition in Contract Law, 287, 288, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013).

¹³ So siehe bspw. *Morgan*, *Contract law minimalism* (2013), S. 173, 176.

¹⁴ *Eidenmüller*, JZ 2009, 641, 641.

¹⁵ *Morgan*, *Contract law minimalism* (2013), S. 173 – nennt hier als Beispiele das Vertragsrecht Englands und New Yorks.

¹⁶ Skaleneffekte, denen zufolge die langfristigen durchschnittlichen Stückkosten bei steigender Produktionsmenge sinken. Je größer also die Produktionsmenge eines Gutes ist, desto günstiger kann es am Markt angeboten werden.

eigenen AGB inklusive Rechtswahl durch Rechtsberater entwerfen zu lassen.¹⁷ Rechtswahl und Forumswahl sind Teile des unternehmerischen Risikomanagements.¹⁸ Die Transaktionskosten eines Vertrages werden durch die Rechtswahl, die Forumswahl und die Vollstreckungsmöglichkeiten einer Entscheidung mit beeinflusst.¹⁹ Andere hinterfragen das Bestehen eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen auf der Ebene des Vertragsrechts.²⁰

Vorliegend stellt sich nicht die Frage nach dem gesamten Wettbewerb im Vertragsrecht, sondern nur bezogen auf den Teilaspekt der Unternehmen als Nachfrager in dem potenziellen Wettbewerb und wie sie ihre Rechtswahl treffen. Wie einflussreich sind bei der vertraglichen Rechtswahl von Unternehmen inhaltliche Aspekte des Vertragsrechts? Die Vertragsverhandlungen und Herangehensweisen der Handelspartner divergieren weit nicht nur zwischen verschiedenen Branchen sondern sogar innerhalb derselben Branche.²¹ Es ist unmöglich, ein einheitliches Bild über die Vertragsverhandlungen zur Rechtswahlklausel in der Praxis zu zeichnen. Dennoch gibt es Prinzipien und Vorgehensweisen, die sich wiederholt in der Dynamik der Vertragsverhandlungen bezüglich der Rechtswahl erkennen lassen. So besteht ein rationales Desinteresse der Vertragsparteien an einem Vergleich der Rechtsordnungen und an einem aufwendigen Aushandeln der Rechtswahlklausel (Ziff. I). Zudem sind die Vorteile einer Vertragsrechtswahl häufig *ex ante* nicht vorhersehbar (Ziff. II) und es bestehen heterogene Interessen der Vertragsparteien an der Rechtswahl, sodass ein objektiv „bestes“ Recht schwer erkennbar ist (Ziff. III). Auch eine Bewerbung eines Vertragsrechts ist noch lange kein Indikator für eine fundierte Rechtswahl der Unternehmen auf Grundlage von Qualitätsmerkmalen des Vertragsrechts (Ziff. IV). Teilweise nehmen Unternehmen in der Praxis an, dass ihre Verträge *self-sufficient contracts* seien, sodass sie der Rechtswahl noch weniger Bedeutung zumessen (Ziff. V).

I. Rationales Desinteresse an der Rechtswahl

Die Auswahl des anwendbaren Rechts und des zuständigen Gerichts erhalten in der Praxis von den Parteien in den Vertragsverhandlungen eine weitaus geringere Bedeutung als deren rechtliche Bedeutung ist. Die unternehmerischen Parteien lassen gerne die Frage der Rechtswahl (und des Streitbeilegungssystems) im Zuge der Vertragsverhandlungen außer Acht oder messen ihnen nur geringste Bedeutung neben der Bestimmung der vertraglichen

¹⁷ Morgan, Contract law minimalism (2013), S. 183.

¹⁸ Fentiman, International commercial litigation (2015), Rn. 1.01.

¹⁹ Fentiman, International commercial litigation (2015), Rn. 1.01.

²⁰ Verneinen einen Wettbewerb der Rechtsordnungen auf der Ebene des Vertragsrechts: Bspw. Vogenauer, ERPL 2013, 13, 13 ff.; Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 315 f.

²¹ Siehe ebenso: Morgan, Contract law minimalism (2013), S. 216.

Pflichten und der Abwicklung des Vertrages bei.²² Oft verhandeln die Parteien Details ihres Geschäfts und entwerfen die diesbezüglichen Vertragsklauseln, bevor überhaupt die Frage des auf den Vertrag anwendbaren Rechts bedacht wird.²³ Dies scheint aus rechtlicher Sicht unsinnig, aus wirtschaftlicher Sicht kann es jedoch nachvollziehbar und sinnvoll sein.²⁴ Immerhin ist ein Vertrag das Ergebnis eines Prozesses, in dem (mindestens) zwei Parteien von gegenläufigen Startpunkten her agieren.²⁵ Das gefundene Ergebnis stellt mithin stets einen Kompromiss dar.²⁶ Oft werden aus einer *cost-benefit*-Abwägung heraus weniger Zeit und Kosten in die Vertragsentwurfung und Verhandlung investiert, als man aus juristischer Sicht erwarten würde.²⁷ Hierbei werden dann teilweise berechnete rechtliche Risiken akzeptiert.²⁸ Zudem wird die Wahl des anwendbaren Rechts in einem nicht unbedeutenden Maße von weniger ökonomisch-rationalen Komponenten beeinflusst, sondern oft insbesondere durch das Machtverhältnis zwischen den Parteien bestimmt.²⁹

Unternehmen haben ein rationales Desinteresse an einem Vergleich der Qualität der materiellen Vorschriften des Vertragsrecht der verschiedenen Rechtsordnungen und somit ein rationales Desinteresse an einer intensiven Auseinandersetzung mit der Frage der Rechtswahl in Verträgen.³⁰ Die Transaktionskosten für Unternehmen, die für einen Qualitätsvergleich von zwei Rechtsordnungen erforderlich sind, sind zu hoch, um den Aufwand für einen Vergleich zu rechtfertigen.³¹ Die Transaktionskosten für eine Rechtswahl bestehen dabei im Wesentlichen aus den Kosten für die Informationsbeschaffung über die verschiedenen Rechtsordnungen.³² In der Konsequenz kann daraus das Interesse der Beteiligten an einer Rechtswahl aus „materiellrechtlichen Qualitätsgründen“ einer Rechtsordnung sehr gering sein.³³ Die Partei-

²² Brödermann, Hamburg Law Review 2016, 21, 23.

²³ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 15; Mankowski, RIW 2003, 2, 2 f.; Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 287 f.

²⁴ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 15.

²⁵ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 15.

²⁶ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 15; Vogenauer, ERPL 2013, 13, 19; Mankowski, RIW 2003, 2, 4.

²⁷ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 15.

²⁸ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 15 f.

²⁹ *Fondation pour le droit continental*, „Choisir son droit – Conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux“ (2012), S. 102.

³⁰ Siehe so auch: Mankowski, Rechtskultur (2016), S. 504; Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 309.

³¹ Ebenso Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 308 f.; Pfeiffer, in: FS Graf v. Westphalen, 2010, 555, 556; Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 44.03.

³² Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 308.

en eines unternehmerischen Vertrages schließen ihre Verträge mit dem Ziel der höchsten wirtschaftlichen Rentabilität.³⁴ Ob sich lange Verhandlungen für Rechtswahlklauseln in Handelsverträgen auszahlen, wird aus unternehmerischer Sicht anhand einer Kosten-Nutzen-Analyse zwischen der Wahrscheinlichkeit und Höhe des Risikos und dem Kostenaufwand abgewogen.³⁵ Hierbei wägen die Unternehmen die Wahrscheinlichkeit ab, ob es überhaupt zu einem Rechtsstreit kommen wird und ob dann eine bestimmte Vertragsklausel zu eigenen Gunsten als unwirksam von einem Gericht erklärt wird. Dies wird gegenüber den Kosten (Zeit und Ressourcen, mithin finanzieller Aufwand) für die erforderlichen Vertragsverhandlungen abgewogen.³⁶ Unternehmen wägen ab, ob sie die Verhandlungsmacht besitzen, die von ihnen präferierte Rechtswahl durchzusetzen, ob diese und wie hoch diese eingepreist wird in den Vertrag und ob sich der Zeitaufwand für diese Verhandlungen lohnt. Der Nutzen muss dabei höher sein, als die Kosten des Alternativverhaltens.³⁷ Das Alternativverhalten wäre, jede einzelne Klausel auszuwerten und ihr Standhalten in jeglichen Rechtsordnungen.³⁸ In den meisten Fällen liegen die Kosten, die Vertragsklauseln an das jeweils auf den Vertrag anwendbare Recht anzupassen weit über dem Risiko, einen Vertrag mit rechtlichen Unsicherheiten einzugehen.³⁹ Ob eine solche Risikoanalyse hierbei bewusst erfolgt oder sich unterbewusst bei der Person, die das Unternehmen in den Vertragsverhandlungen vertritt, abspielt, hängt je vom Einzelfall ab.

Dem Desinteresse der Parteien kann teilweise dadurch entgegen gewirkt werden, dass Verbände und Institutionen, die Klauselwerke entwerfen, die informierte Spieler bei der Rechtswahl sind.⁴⁰ In internationalen Transaktionen ist die Verwendung von Modelverträgen, die dabei überwiegend in englischer Sprache verfasst sind, weit verbreitet.⁴¹ Die Verbändebürden – anders als die Parteien – die Informationskosten auf sich, um eine qualifizierte Wahl beziehungsweise Rechtswahlempfehlung aufgrund der Voraussetzungen des materiellen Rechts zu treffen. Diese Verbände, wie beispielsweise die internationalen Warenverbände (*international commodity associations*) wählen dann die passendste Rechtsordnung aus und geben diese Rechtswahl in ihren für die Industrie vorgefertigten Standardbedingungen vor (so bspw. engli-

³³ Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 309.

³⁴ Fentiman, International commercial litigation (2015), Rn. 1.29.

³⁵ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 16.

³⁶ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 16.

³⁷ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 16.

³⁸ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 16.

³⁹ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 16.

⁴⁰ Morgan, Contract law minimalism (2013), S. 183 f.

⁴¹ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 8; nur hinsichtlich der weit verbreiteten Nutzung von Modelverträgen: Lord Reed, *RabelsZ* 82 (2018), 563, 574.

ches oder New Yorker Recht für den internationalen Warenhandel).⁴² Dies wirkt zwar teilweise dem rationalen Desinteresse entgegen, hebt dieses jedoch auf der Ebene des Vertragsrechts nicht auf.

Den geringen Aufwand, den Unternehmen in die Vertragsverhandlungen der Rechtswahl investieren, spiegeln auch die Ergebnisse der empirischen *Leuschner-Studie* (2014) wider. In der Studie gaben von den 1.220 befragten deutschen Unternehmen 31,5 % der Unternehmen an, sie würden „gar keine Zeit“ für die Gestaltung beziehungsweise Verhandlung von Nebenabreden investieren bei Vertragsschlüssen mit Kunden.⁴³ Zusätzliche 30,0 % wenden weniger als 30 Minuten für die Verhandlungen von Nebenabreden auf, 23,0 % investieren zwischen 30 Minuten und 4 Stunden und nur 15,5 % mehr als 4 Stunden.⁴⁴ Darunter zeigen die Antworten, dass tendenziell weniger verhandelt wird, je kleiner das Unternehmen ist.⁴⁵ Als Gründe für den geringen Zeitaufwand für die Gestaltung und Verhandlung der Vertragsnebenbedingungen gaben die befragten Unternehmen als meist benannten Grund an, dass sie „ihre eigenen Standardbedingungen durchsetzen würden“.⁴⁶ Am zweithäufigsten wurde der Grund benannt, dass „die vereinbarten Vertragsnebenbestimmungen Marktstandard seien“, gefolgt vom drittmeist benannten Grund, dass „der Kunde auf die von ihm eingeführten Vertragsnebenbedingungen bestehe“.⁴⁷ Als viertmeist benannter Grund gaben die Unternehmen an, dass „der Aufwand sich nicht lohne“.⁴⁸

II. Vorteile einer Vertragsrechtswahl nicht ex ante vorhersehbar

Zudem spricht gegen ein Vergleichsinteresse der Unternehmen zwischen den verschiedenen Vertragsrechten, um eine informierte Rechtswahl zu treffen,

⁴² *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 183 f.

⁴³ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 234 – Frage 13 der Umfrage 2.

⁴⁴ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 234 – Frage 13 der Umfrage 2.

⁴⁵ Die Antworten „Gar keine Zeit“ gaben mit überwiegend absteigender Tendenz: 41,4 % der Kleinstunternehmen, 34,9 % der kleinen Unternehmen, 26,2 % der mittleren Unternehmen, 25,2 % einfachen Großunternehmen und 26,2 % der großen Großunternehmen an. Hingegen gaben die Antwort „mehr als 4 Stunden“ mit aufsteigender Tendenz: 5,9 % der Kleinstunternehmen, 13,1 % der kleinen Unternehmen, 15,2 % der mittleren Unternehmen, 24,0 % der einfachen Großunternehmen und ganze 32,0 % der Großunternehmen (mehr als das fünffache des Anteils unter den Kleinstunternehmen) an.

⁴⁶ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 236 – Frage 13a der Umfrage 2.

⁴⁷ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 236 – Frage 13a der Umfrage 2.

⁴⁸ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 236 – Frage 13a der Umfrage 2.

dass die Vorteilhaftigkeit einer Rechtsordnung für einen bestimmten Vertrag beziehungsweise Rechtsgeschäft nicht *ex ante* vorhersehbar ist.⁴⁹ Abhängig von den Umständen und Gegebenheiten während der Vertragsabwicklung kann je nachdem die eine oder andere Rechtsordnung als vorteilhafter erscheinen.⁵⁰ Die Vertragspartner wissen im Voraus nicht, ob sie Kläger oder Beklagter eines Rechtsstreites sein werden und inwieweit sich die gewählte Rechtsordnung wirklich vorteilhaft für sie in dem einen oder anderen Fall auswirken würde. Auch können Verträge bestehen, in denen sich die Vertragsparteien sowohl in der Position des Käufers als auch des Verkäufers befinden können und somit die Parteien nicht vor dem Eintritt eines Rechtsstreits wissen, ob für sie ein allgemein käufer- oder ein verkäuferfreundlicheres Rechtsregime vorteilhafter wäre. Dies kann beispielsweise der Fall sein bei Rahmenverträgen, z. B. Zusammenarbeitsverträge, wie sie in der Industrie häufig auftreten, unter denen je nach Liefergegenstand einmal die eine Partei und einmal die andere Partei die Position des Lieferanten einnimmt.⁵¹ Mithin ist ein Vergleich der Vertragsrechte der verschiedenen Rechtsordnungen anhand von inhaltlichen Vorzügen des Vertragsrechts umso schwieriger, da *ex ante* nicht vorhersehbar ist, welches die vorteilhaften Merkmale eines Vertragsrechts für die eine oder andere Partei in einen künftigen Rechtsstreit sein könnten. Dies mindert das Interesse der Parteien, Zeit für eine informierte Rechtswahl in Verträgen zu investieren.

III. Heterogene Interessen der Vertragsparteien

Zudem bestehen im Vertragsrecht heterogene Interessen der Parteien an der Rechtswahl, sodass ein Vergleich aufgrund inhaltlicher Vor- oder Nachteile des Vertragsrechts nicht immer möglich ist. Die Parteien haben nicht dasselbe Ziel, sondern jeweils das Ziel, ihre eigene Position bestmöglichst durch die Rechtswahl zu gestalten. Das kann dabei auch die Gesamtkosten des Vertrages verringern, zielt aber vornehmlich auf die Verbesserung der eigenen Vertragsposition (Kosten und Risiken aus dem Vertrag) ab. Anders als im Steuer- und Gesellschaftsrecht, wo ein Wettbewerb der Rechtsordnungen angenom-

⁴⁹ *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 21; auf den ersten Blick dagegen: *Born*, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13.03, S. 251 – der jedoch lediglich grundsätzlich sagt, dass eine Rechtsordnung bestimmte, vorteilhafte Rechte einer Partei sichern kann. Dem ist zuzustimmen. Bestritten wird hier nur, dass nicht vorhersehbar ist, ob sich eben die anvisierten Vorteile der gewählten Rechtsordnung in einem Rechtsstreit einstellen. Hinsichtlich dieses Aspekts gibt es keine gegenteiligen Anmerkungen von *Born* (a. a. O.).

⁵⁰ *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 21; *Born*, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13.04 [A], S. 258.

⁵¹ So zum Eindruck aus der Praxis die Schweizer Rechtsanwälte/-innen: *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 139.

men wird,⁵² werden im Vertragsrecht keine einseitigen beziehungsweise unilateralen Entscheidungen zugunsten einer Rechtsordnung getroffen, sondern die Rechtswahl beruht auf einer gemeinsamen Entscheidung der Parteien, die auch ein Kompromiss sein kann.⁵³ Aus den antagonistischen Verhandlungspositionen und Vertragsinteressen der Vertragsparteien ergeben sich unterschiedliche und teilweise gegensätzliche Interessen – heterogene Präferenzen.⁵⁴ Die Parteien präferieren nicht das objektiv für beide Parteien „beste“ Recht, sondern das für ihre Vertragsinteressen vorteilhafteste Recht.⁵⁵ Verkäufer präferieren eine Rechtsordnung die weitgehende Haftungsausschlüsse zulässt, somit eine Rechtsordnung mit hoher Vertragsfreiheit.⁵⁶ Für Käufer sind hingegen Rechtssysteme vorteilhaft, die eine effektive Kontrolle von Haftungsausschlüssen und -begrenzungen erlaubt.⁵⁷ Somit wird nicht automatisch das objektiv „beste“ beziehungsweise „attraktivste“ Vertragsrecht durch die Parteien gewählt, sondern eines, das den besten Kompromiss in dem einzelnen Vertragsverhältnis am Verhandlungstisch darstellt. Diese heterogene Interessenlage behindert eine Rechtswahlentscheidung anhand von objektiv inhaltlichen Merkmalen des Vertragsrechts.

IV. Werbung kein Indikator für eine inhaltliche Qualitätsabwägung durch Unternehmen

In den letzten Jahren wurden Broschüren erstellt, die auf die Vorteile der Rechtsordnungen verschiedener Staaten aufmerksam gemacht haben. Begonnen hatte im Oktober 2007 England mit seiner von der „The Law Society of England and Wales“ herausgegebenen Broschüre „England and Wales: The jurisdiction of choice“.⁵⁸ Deutschland folgte im Oktober 2008 mit seiner Initiative „Law – Made in Germany“⁵⁹, die aus der Bundesnotarkammer, dem Deutschen Anwaltverein, dem Deutschen Notarverein, der Bundesrechtsanwaltskammer, dem Deutschen Industrie- und Handelskammertag e.V. und

⁵² Zum Wettbewerb im Steuer- und Gesellschaftsrecht und der strategischen Positionierung der Firmensitze um das anwendbare Recht zu beeinflussen: *O’Hara / Ribstein*, *The Law Market* (2009), *The Creation of a Law Market*, S. 65 ff.

⁵³ *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 19; *Cordero-Moss*, *International Commercial Contracts*, 2014, S. 15; *Mankowski*, RIW 2003, 2, 4.

⁵⁴ *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 19.

⁵⁵ *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 19.

⁵⁶ *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 19.

⁵⁷ *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 19.

⁵⁸ Broschüre, „England and Wales: The jurisdiction of choice“, 2007.

⁵⁹ Broschüre, „Law – Made in Germany“, 3. Aufl. 2014; aktuelle Berichte von der Initiative „Law – Made in Germany“ über Symposium im April 2017 durch *Altemeier*, AnwBl. 2017, 878; *Kötz*, ERPL 2010, 1243, 1243.

dem Deutschen Richterbund zusammengesetzt ist.⁶⁰ Die erste Broschüre der deutschen Initiative erschien im Jahr 2009 und besteht mittlerweile in der dritten Auflage in diversen Sprachen.⁶¹ Teilweise wird vertreten, dass diese Werbe- beziehungsweise Marketingbemühungen ein Indikator für einen Wettbewerb in einem Markt seien.⁶² Die Existenz der werbenden Broschüren belege, dass Anreize für Staaten bestehen, an einem „werbenden Wettbewerb“ für ihre Rechtsordnungen teilzunehmen.⁶³

Allein aus dem Bestand der werbenden Broschüren der verschiedenen nationalen Gesetzgeber kann jedoch kein Wettbewerb zwischen den Gesetzgebern dieser Staaten abgeleitet werden.⁶⁴ Zwar zeigen die Broschüren ein Bewusstsein der Staaten für die Attraktivität ihrer Rechtsordnung für Unternehmen auf. Zusätzlich lassen die sukzessiv erschienenen Broschüren und die Hinweise in den Broschüren auf die Fortschritte in anderen Staaten erkennen, dass die Staaten sich gegenseitig im Blick haben und aufeinander reagieren. Trotzdem besteht kein zwingender Zusammenhang zwischen dem Bestehen von Werbung und dem Bestehen eines Wettbewerbes auf einem Markt.⁶⁵ Das Erstellen solcher Broschüren ist mit verhältnismäßig geringen Kosten verbunden, sodass der Gesetzgeber diese auch ohne große Hoffnung auf einen Einfluss durch diese Broschüren erstellen kann. Somit lässt sich aus den Broschüren allein weder der Schluss ziehen, dass ein Wettbewerb besteht, noch, dass kein Wettbewerb besteht. Die Tatsache, dass die Gesetzgeber in England, Frankreich⁶⁶ und Deutschland ihren Rechtsstandort in einem Wettstreit

⁶⁰ Eidenmüller, JZ 2009, 641, 641; Zusammensetzung siehe Broschüre, „Law – Made in Germany“, 3. Aufl. 2014, S. 31.

⁶¹ Abrufbar unter: <<http://www.lawmadeingermany.de/>>; Kötz, ERPL 2010, 1243, 1243.

⁶² So bspw. Kötz, ERPL 2010, 1243, 1243.

⁶³ So i.E. Coester, Comment on Vogenauer, 285, 285 in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013); sowie Rühl, The Choice of Law Framework for Efficient Regulatory Competition in Contract Law, 287, 288, in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013).

⁶⁴ Siehe so auch: Vogenauer, ERPL 2013, 13, 74 f. Anders hingegen Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 62, der den „Kampf der Broschüren“ als einen „guten Beleg dafür, dass und wie Wettbewerb zwischen Justizsystemen funktioniert“ sieht. Ebenso sieht Morgan, Contract law minimalism (2013), S. 176 den Wettbewerb der Broschüren als ein Indiz für einen Interesse der Staaten in einem Wettbewerb der Rechtsordnungen auf der Ebene des Vertragsrechts. Auch Hoffmann, IWRZ 2018, 58, 58 will aus dem Bestand der Broschüren die Schlussfolgerung ziehen, dass ein Wettbewerb der Rechtsordnungen auf der Ebene des Vertragsrechts besteht.

⁶⁵ Analyse zur Frage, warum bzw. welches Interesse Staaten daran haben, dass man ihr Recht wählt, siehe unter Kapitel 5 – B.II.

⁶⁶ <https://www.brak.de/w/files/05_zur_rechtspolitik/international/broschuere_de.pdf> (2011).

um Marktanteile in der Rechtsberatungs- und Streitbeilegungsbranche durch ihre Broschüren bewerben, zeigt nur, dass zumindest in den betroffenen Ministerien der Wille besteht, Werbung für das eigene Rechtssystem zu betreiben. Egal wie gering der Wettbewerb tatsächlich ist. Werbebemühungen können auch erfolgen, selbst wenn sie keinen wirklichen Einfluss auf die Marktteilnehmer haben. Ein Interesse der Staaten in der Akquise ausländischer „Kunden“ für ihr eigenes Recht erbringt keinen Nachweis dafür, dass die staatlichen Gesetzgeber tatsächlich ihre Rechtsordnungen allein aus dem Grund, um die Kundenpräferenzen besser zu erfüllen, optimieren.⁶⁷ Die durch die Broschüren erfolgte Werbung für die verschiedenen Rechtsordnungen ist allein weder ein Indikator dafür, dass die Parteien ihre Rechtswahl aufgrund von inhaltlichen Vorzügen des Vertragsrechts abhängig machen, noch lässt sie den gegenteiligen Schluss zu.

V. *Vertragsabschluss unter Annahme eines self-sufficient contract*

Internationale Verträge werden von den Handelspartnern oft ohne Rücksicht auf das anwendbare Recht als Versuch beziehungsweise in dem Glauben an einen *self-sufficient contract* entworfen.⁶⁸ Dabei zielen die Parteien darauf ab, einen so umfassenden, erschöpfenden Vertrag zu formulieren, dass ein Rückgriff auf das anwendbare Recht überflüssig wird.⁶⁹ Doch die Vorstellung von vollkommen autonomen Verträgen ist ein Wunschbild der Unternehmen und entspricht nicht der rechtlichen Realität, da, egal wie ausschöpfend der Vertrag ist, die zwingenden Vorschriften des anwendbaren Rechts Anwendung finden und das anwendbare Recht auch die Auslegung und die Anwendung des Vertrages beeinflussen.⁷⁰ Wenn Unternehmen hoffen oder glauben, durch ausreichend detaillierte Verträge einen Rückgriff auf staatliches Recht vermeiden zu können, werden die Unternehmen kaum Zeit und Kosten für eine Rechtswahl investieren. Durch diese Annahme messen die Unternehmen der Bedeutung der Rechtswahl noch weniger Gewicht zu, da ihres Erachtens der Rückgriff auf nationales Recht nicht notwendig ist.

VI. *Fazit zur unternehmerischen Rechtswahl anhand inhaltlicher Vorzüge des Vertragsrechts*

In der Zusammenschau erscheint das Interesse der Unternehmen an einer Rechtswahl aufgrund von inhaltlichen Vorzügen des Vertragsrechts eher

⁶⁷ Vogenauer, ERPL 2013, 13, 75.

⁶⁸ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 8, 80; Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 288.

⁶⁹ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 8.

⁷⁰ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 8.

gering.⁷¹ Angesichts des rationalen Desinteresses der Unternehmen, der nicht bestehenden Vorhersehbarkeit der Vorteilhaftigkeit eines Vertragsrechts *ex ante*, der heterogenen Interessen der Parteien am Vertragsrecht und der Annahme eines *self sufficient contract* erscheint es wenig gerechtfertigt, eine Rechtswahlentscheidung der Unternehmen anhand inhaltlicher Vor- oder Nachteile des Vertragsrechts anzunehmen. Auch die Tatsache, dass Werbung für die nationalen Rechtsordnungen verbreitet wird, stellt allein keinen Nachweis dafür, dass Unternehmen bei der Rechtswahl die Qualität der verschiedenen Vertragsrechte vergleichen.

Dies bedeutet in der Konsequenz eine Schwächung des Arguments des Rechtsfluchttrisikos aufgrund des deutschen AGB-Rechts in unternehmerischen Verträgen. Wenn die Unternehmen die inhaltlichen Vorzüge eines Vertragsrechts bei ihrer Rechtswahl in Handelsverträgen nur wenig berücksichtigen, würde auch eine Reform im AGB-Recht wenig Auswirkungen auf die „Attraktivität“ der deutschen Rechtsordnung haben und an dem Problem der Auslandsrechtswahl wenig ändern.

B. Fülle an Anreizfaktoren

Das Herausarbeiten der einzelnen Faktoren, die die Rechtswahl von Unternehmen in Handelsverträgen beeinflussen, erfolgt durch eine theoretische Analyse sowie eine wirtschaftliche Argumentation und wird durch die Ergebnisse empirischer Daten untermauert. Die genutzten Daten werden zunächst überblicksartig dargestellt, bevor die Anreizfaktoren herausgearbeitet werden.

I. *Analysierte Studien und empirische Daten*

Die veröffentlichten Daten verschiedener Studien im Zusammenhang mit staatlichen Verfahren wurden analysiert. Ebenfalls wurden die Daten, die die staatlichen Gerichte veröffentlicht haben, betrachtet. Außerdem wurden die Ergebnisse verschiedener Umfragen aus dem Bereich des internationalen Schiedsrechts betrachtet. Auch wenn diese nicht denselben rechtlichen Rahmen wie Verfahren vor den staatlichen Gerichten haben, beleuchten auch diese Umfragen die Faktoren, die für Unternehmen bei der Rechtswahl in Verträgen während des Vertragsschlusses in einem internationalen unternehmerischen Umfeld bedeutsam sind. Mithin können die schiedsrechtlichen Daten als weitere Unterstützung herangezogen werden. Die empirischen Daten der nachfolgend aufgeführten Studien wurden zur Analyse herangezogen.

⁷¹ Vgl. zum selben Ergebnis gelangt auch *Kieninger*, Wettbewerb der Rechtsordnungen, S. 286 ff. (S. 315–316).

1. Daten der Studien zu Verfahren vor staatlichen Gerichten

Die folgenden Daten der Studien mit Fokus auf staatliche Verfahren wurden herangezogen.⁷²

- (1) Die *Oxford Civil Justice Survey* (2008),⁷³ die von dem *Oxford Institute of European and Comparative Law and the Oxford Centre for Socio-Legal Studies* durchgeführt wurde und die Antworten von 100 europäischen Unternehmen beinhaltet, wurde genutzt.⁷⁴
- (2) Die Studie rein aus dem deutschen Rechtsraum, die vom BMJV in Auftrag gegeben und durch Professor *Leuschner* durchgeführt wurde, die *Leuschner-Studie* (2014), wurde herangezogen.⁷⁵ Sie umfasst zwei Teile mit Antworten von 1.220 deutschen Unternehmen in der Umfrage an Unternehmen und 193 Antworten in der Umfrage an Schiedsexperten.⁷⁶
- (3) Eine vom *British Institute of International and Comparative Law* (BIICL) im Jahr 2015 veröffentlichte Studie, „Factors Influencing International Litigants’ Decisions to Bring Commercial Claims to the London Based Courts“, wurde als Teil der „Ministry of Justice Analytical Series“ durchgeführt und hier berücksichtigt.⁷⁷ In dieser Studie (nachfolgend: *BIICL*

⁷² Weitere Daten der *Fondation pour le droit continental*, „Choisir son droit – Conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux“, *Durand-Barthez / Lengart* (2012) und der „Oxford European Contract Law Study 2005“ durchgeführt von *Vogenauer / Weatherill* (175 EU-Unternehmen wurden befragt), *Vogenauer / Weatherill*, *The Harmonisation of European Contract Law* (2006), 105–143, sind zu diesem Thema verfügbar. Letztere Studie hat teilweise vergleichbare Fragen wie die *Oxford Civil Justice Survey* (2008) und fokussiert teilweise mehr auf die Frage einer Harmonisierung des europäischen Vertragsrechts. Daher werden hier nachfolgende Analysen überwiegend auf die aktuelleren Daten der *Oxford Civil Justice Survey* gestützt. Teilweise jedoch auch auf die *Oxford European Contract Law Study* (2005) Bezug genommen.

⁷³ „Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law – A Business Survey“ (2008), <https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2013/12/oxford_civil_justice_survey_-_summary_of_results_final.pdf>.

⁷⁴ Die Umfrageteilnehmer waren ansässig in: Deutschland (19 %), England (17 %), Frankreich (16 %), Italien (16 %), Niederlande (9 %), Polen (7 %), Spanien (6 %), Schweiz (3 %), Belgien (2 %), Andere (5 %). *Oxford Civil Justice Survey* (2008), Frage 1, S. 4.

⁷⁵ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, <http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht-AGB-Forschungsprojekt.pdf?__blob=publicationFile>.

⁷⁶ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 5, 7; siehe zu dieser Studie bereits in Kapitel 1 – B.I.3.

⁷⁷ „Factors Influencing International Litigants’ Decisions to Bring Commercial Claims to the London Based Courts“ 2015, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/396343/factors-influencing-international-litigants-with-commercial-claims.pdf>.

Survey (2015)) wurden 161 Antworten auf die Umfrage erhalten, unter denen die Mehrheit der Umfrageteilnehmer aus dem Vereinigten Königreich stammte (51 %), gefolgt von Umfrageteilnehmern aus anderen EU-Mitgliedstaaten (32 %) ^{78,79}. Zusätzlich sammelte diese Studie Daten von 54 Umfrageteilnehmern, die in *face-to-face* oder Telefoninterviews partizipiert haben.

2. *Durch staatliche Gerichte veröffentlichte Daten*

Zudem wurden die durch die staatlichen Gerichte veröffentlichten Daten zu Fallzahlen und Informationen über die involvierten Parteien analysiert.

- (1) Der *Portland Commercial Courts Report* über Fälle in den *London Commercial Courts* stellt Daten über Fallzahlen zur Verfügung und darüber, wer die *Commercial Courts* nutzt. Dabei werden die Nationalitäten des Klägers und des Beklagten in Fällen vor den *London Commercial Courts* dargelegt. ⁸⁰
- (2) Zahlen und Fakten zu Fällen in den deutschen Gerichten wurden aus den veröffentlichten Daten des deutschen *Statistischen Bundesamtes* herangezogen. ⁸¹

3. *Daten schiedsrechtlicher Studien*

Diverse schiedsrechtliche Studien wurden analysiert: ⁸²

- (1) Die Studie der *School of International Arbitration* der *Queen Mary University of London* zu „Choices in International Arbitration“ aus dem Jahr

⁷⁸ Aus Deutschland, Italien, Spanien, den Niederlanden, Schweden, Österreich, Finnland, Griechenland, Belgien, der Tschechischen Republik, Frankreich, Ungarn, Litauen, Malta, Slowakei, BIICL *Survey* (2015), S. 5.

⁷⁹ BIICL *Survey* (2015), Q1, S. 44. Die Umfrageteilnehmer formten eine Gruppe unter denen 97 in „Law firm“, 52 in „Chambers“, 41 in „Academia“ und 14 in einer „Company“ (und 20 in anderen Bereichen) gearbeitet haben.

⁸⁰ Jüngster Bericht „Portland Commercial Courts Report“ aus dem Jahr 2020. Zuvor bereits Berichte aus dem Jahr 2019 und dem Jahr 2018 und Portland Reviews „Who uses the Commercial Courts?“ aus dem Jahr 2017 und 2016.

⁸¹ „Rechtspflege – Zivilgerichte“ (2019), Fachserie 10, Reihe 2.1, Statistisches Bundesamt; „Rechtspflege – Zivilgerichte“ (2018), Fachserie 10, Reihe 2.1, Statistisches Bundesamt; „Rechtspflege – Zivilgerichte“ (2017), Fachserie 10, Reihe 2.1, Statistisches Bundesamt; „Rechtspflege – Zivilgerichte“ (2016), Fachserie 10, Reihe 2.1, Statistisches Bundesamt.

⁸² Zusätzlich zu den aufgelisteten Studien wurden weitere Untersuchungsergebnisse genutzt von der *Cuniberti-Study* (2014) on ICC-Awards, *Cuniberti*, *The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws*, 34 Nw. J. Int'l L. & Bus. (2014), 455 ff.

2010 (nachfolgend: *Queen Mary Survey* (2010)) wurde genutzt.⁸³ In dieser Studie wurde ein Online-Fragebogen von 136 Umfrageteilnehmern ausgefüllt und 67 *face-to-face*- oder Telefoninterviews mit Unternehmensjuristen wurden durchgeführt.

- (2) Ebenfalls wurden Daten hinsichtlich Schiedsverfahren beim *London Court of International Arbitration* (LCIA) berücksichtigt.⁸⁴
- (3) Die Daten der *Queen Mary School of International Arbitration* mit einer 2018-Umfrage bezüglich „The Evolution of International Arbitration“ (nachfolgend: *Queen Mary Survey* (2018)) wurden herangezogen.⁸⁵ Die *Queen Mary Survey* (2018) wurde mit 922 Umfrageteilnehmern in einem Fragebogen und 142 *face-to-face*- oder Telefoninterviews durchgeführt. Wobei nur die Antworten des Fragebogens für die Erstellung der empirischen Daten der Studie genutzt wurden.⁸⁶

4. Schwächen empirischer Daten

Wichtig ist, von vornherein darauf hinzuweisen, dass empirische Daten, auch wenn sie uns interessante Einblicke erlauben, ihre Schwächen haben. Die unterschiedlichen Studien haben alle dazu beigetragen, Einblicke in das Feld der unternehmerischen Rechtswahl in der Praxis zu ermöglichen. Wie es jedoch die Problematik bei allen empirischen Daten ist, ermöglichen diese nur Eindrücke und Hinweise. Es bestehen verschiedene Bedenken bezüglich empirischer Daten und sie sind mit einer gewissen Zurückhaltung zu verwenden. Beispielsweise haben die *Oxford Civil Justice Survey* (2008) und die *BIICL Survey* (2015) jeweils nur eine relativ kleine Anzahl an Umfrageteilnehmern befragt (weniger als 200 Umfrageteilnehmer). Bei einer verhältnismäßig kleinen Anzahl an Umfrageteilnehmern ist das Risiko, einem Bias unter den Befragten zu unterliegen oder irreführende Daten zu erhalten, relativ höher als wenn größere Umfrageteilnehmerzahlen vorliegen. Außerdem besteht bei der Nutzung empirischer Daten, die aus Umfragen gewonnen wurden, stets das Risiko eines *response bias*. Aufgrund der Auswahl der Umfrageteilnehmer, droht auf erster Ebene die Gefahr eines *selection bias*.⁸⁷ Dem folgt in einer zweiten Ebene die Gefahr eines *response* oder *non-*

⁸³ „2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration“.

⁸⁴ LCIA Facts and Figures 2017, Casework Report; LCIA 2018 Annual Casework Report; LCIA 2019 Annual Casework Report.

⁸⁵ „2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration“.

⁸⁶ *Queen Mary Survey* (2018), S. 41. Die Gruppe der Umfrageteilnehmer bestand aus „private practitioners“ (47 %), „full-time arbitrators“ (10 %), „in-house counsel“ (10 %), „arbitrator and counsel in approximately equal proportion“ (12 %), und „others“ (21 %).

⁸⁷ *Tourangeau*, Experimental Design Considerations for testing and Evaluating Questionnaires, in: *Methods for Testing and Evaluating Survey Questionnaires*, 2004, S. 209, 215.

response bias, die durch die Auswahl der kontaktierten Personen, die dann tatsächlich an der Umfrage teilnehmen beziehungsweise den Fragebogen ausfüllen und zurücksenden, entsteht.⁸⁸ Bei einer schiedsrechtlichen Umfrage könnten beispielsweise diejenigen Befragten, die sehr am Schiedsrecht interessiert sind und schiedsfreundlich eingestellt sind, eher geneigt sein, an der Studie teilzunehmen. Dadurch kann eine Verzerrung in den Ergebnissen empirischer Umfragen auftreten. Dennoch ermöglichen empirische Daten interessante Einblicke in die Realität der Praxis und können dadurch eine wertvolle Ergänzung zur wissenschaftlichen Theorie darstellen. Unter Berücksichtigung dieser Beschränkungen können empirische Daten mithin eine wertvolle Ergänzung zur wissenschaftlichen Analyse darstellen.

II. Fülle an Anreizfaktoren für die unternehmerische Rechtswahl

Es gibt eine Fülle an Beweggründen, die Unternehmen bei der Frage der Rechtswahl für ihre Verträge beeinflussen. Diese können in sogenannte Pushfaktoren und Pullfaktoren eingeteilt werden. Pullfaktoren sind solche, die ein Rechtssystem attraktiver machen und Unternehmen bei Vertragsschlüssen dazu veranlassen, diese Rechtsordnung durch ihre Rechtswahl zu wählen. Pushfaktoren bewirken genau das Gegenteil. Sie veranlassen Unternehmen dazu, ihre Verträge anderem Recht als ihrem Heimatrecht zu unterstellen. Etabliert hat sich eine Vielzahl an Faktoren. Eine Liste von elf Anreizfaktoren, die die unternehmerische Rechtswahl typischerweise beeinflussen, hat sich identifizieren lassen: (1) Generelle Qualität des materiellen Rechts; (2) Möglichkeit der Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse in unternehmerischen Verträgen; (3) Vertrautheit; (4) Schiedsfreundlichkeit; (5) Rechtstradition (*common law/civil law*); (6) Englische Sprache und/oder Vielsprachigkeit; (7) (Eindruck einer) Neutralität des Rechts; (8) Berechenbarkeit des Ausgangs einer Entscheidung; (9) (Eindruck der) Stabilität eines Rechtssystems; (10) Forum; (11) Großer Finanz-, Versicherungs- und Rückversicherungssektor.⁸⁹

⁸⁸ Tourangeau, *Experimental Design Considerations for testing and Evaluating Questionnaires*, in: *Methods for Testing and Evaluating Survey Questionnaires*, 2004, S. 209, 215.

⁸⁹ Diese Liste beansprucht selbstverständlich nicht, abschließend zu sein. In einem komplexen Bereich wie dem des internationalen Wirtschaftsrechts bestehen diverse subjektive Ansichten und Herangehensweisen der Unternehmen hinsichtlich ihrer Wahl des anwendbaren Rechts auf ihre unternehmerischen Verträge. Dennoch sind diese aufgelisteten, identifizierten Anreizfaktoren die nach Erachten der Verfasserin nach ihrer Analyse der Theorie, der Rationalität und ökonomischer Argumente und der empirischen Daten einige der typischsten und wichtigsten Faktoren, die die Mehrheit der Unternehmen bei ihrer Rechtswahl beeinflussen.

1. Materielles Recht

Natürlich hat das materielle Recht Einfluss auf die unternehmerische Wahl des anwendbaren Vertragsrechts. Das Vertragsrecht ist das Produkt ihrer Rechtswahl und beeinflusst mithin logischerweise irgendwie die Auswahl. Dass die Produktqualität jedoch nicht der einzige Auswahlfaktor ist, zeigt bereits die Auflistung dieser Anreizfaktoren.

Der Einfluss der generellen Qualität des materiellen Rechts findet Unterstützung in empirischen Daten. In der *Leuschner-Studie* (2014) antworteten die Unternehmen, dass die Möglichkeit, als Lieferant Haftungsbeschränkungen gegen den Kunden festlegen zu können, eine hohe Bedeutung habe.⁹⁰ Zudem haben die Unternehmen in der *Oxford Civil Justice Survey* (2008) das „Vertragsrecht“ als wichtigsten Faktor, der ihre Rechtswahl in grenzüberschreitenden Verträgen beeinflusst, benannt.⁹¹ In derselben Studie wurden die Unternehmen zum gleichen Thema mit einer negativ formulierten Frage befragt. Die Unternehmen bewerteten das „Vertragsrecht“ als viert wichtigsten Faktor unter den Gründen, warum sie, wenn sie ein spezielles Vertragsrecht vermieden, dieses vermeiden würden.⁹² In der *BIICL-Survey* (2015) antworteten die Unternehmen, dass für sie der entscheidendste Faktor, der sie bewegt, englisches Recht als anwendbares Recht zu wählen, die „Qualität und Sicherheit des Rechts“ („quality/certainty of the law“) ist.⁹³ Mithin hat das materielle Recht selbst einen Einfluss auf das anwendbare Vertragsrecht – wenn auch aufgrund der unter Buchst. A befundenen weniger prägnanten Bedeutung in der unternehmerischen Praxis.

⁹⁰ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Umfrage Nr. 2, Frage 21, S. 249.

⁹¹ „When choosing a governing contract law for cross-border transactions, to what extent do you take into account the following factors?“, *Oxford Civil Justice Survey* (2008), Frage 19, S. 17.

⁹² *Oxford Civil Justice Survey* (2008), Frage 21, S. 20. Der höchst votierte Grund für eine Vermeidung eines Vertragsrechts war „Vorhersehbarkeit der Entscheidungen“ („predictability of the outcomes“) (1.), „Korruption“ („corruption“) (2.), „Fairness der Ergebnisse“ („fairness of the outcomes“) (3.).

⁹³ *BIICL Survey* (2015), Frage 25, S. 51. Als zweitmeistes wurde „efficiency of English law in commercial disputes“ benannt und als drittmeistes die „combination with choice of court“. Die Antworten der Unternehmen, die den Faktor als „decisive“ bewerteten waren: „Quality/certainty of the law“ (57 Unternehmen), „Efficiency of English law in commercial disputes“ (43 Unternehmen), „Combination with choice of court“ (30 Unternehmen).

2. Möglichkeit der Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse in unternehmerischen Verträgen

Die Möglichkeit, Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse in unternehmerischen Verträgen parteiautonom bestimmen zu können ist Teil der „Qualität des materiellen Rechts“, des Faktors der vorgenannten Ziffer. Sie ermöglicht eine weitgreifende unternehmerische Vertragsfreiheit. Dieser spezielle Teil des materiellen Rechts, der der Haftungsbeschränkungen, wird für die Zwecke dieser Arbeit noch einmal gesondert herausgearbeitet, um dessen Einfluss auf die Rechtswahl gesondert zu analysieren. Die Möglichkeit, Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse in unternehmerischen Verträgen parteiautonom bestimmen zu können, stellt einen Pullfaktor für eine Rechtsordnung dar.

In der *Leuschner*-Studie (2014) antworteten Unternehmen verschiedenster Größen mit überwiegend ähnlicher Gewichtung, dass die Möglichkeit, als Anbieter, seinen Kunden gegenüber die Haftung zu beschränken, für die Unternehmen wichtig sei.⁹⁴ Dieselbe Studie ergab, dass in der Mehrzahl der Handelsverträge der befragten Unternehmen Haftungsbeschränkungen im Vertrag enthalten sind.⁹⁵ Als wichtigste Gründe für das Bedürfnis nach Haftungsbeschränkungen nannten dabei die 1.220 befragten deutschen Unternehmen, dass sie Haftungsbeschränkungen ihren Lieferanten, Dienstleistern, Subunternehmern etc. weiterreichen müssten, eine Quantifizierbarkeit der Haftungsrisiken für die Preiskalkulation erforderlich sei und ansonsten die Haftungsrisiken außer Verhältnis zum Vertragswert stünden.⁹⁶ Dabei seien für die Unternehmen am wichtigsten die summenmäßige Beschränkung der Haftung gefolgt von einem Ausschluss der Haftung für mittelbare Schäden, insbesondere entgangenen Gewinn und der Ausschluss der Haftung für (bestimmte Formen der) Fahrlässigkeit.⁹⁷

Für Hersteller, Verkäufer und Dienstleistungserbringer ist das Vertragsrecht am vorzugswürdigsten, das ihnen die weitest mögliche Freiheit erlaubt, Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse festzusetzen.⁹⁸ Je minimalistischer

⁹⁴ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Umfrage 2, Frage 21, S. 249. Hierbei ergibt sich eine sehr ähnliche Gewichtung unabhängig von der Unternehmensgröße.

⁹⁵ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Umfrage 2, Frage 22, S. 252. „In ca. wie viel Prozent der Verträge, die Ihr Unternehmen als Anbieter mit Kunden abschließt, vereinbaren Sie Haftungsbeschränkungen?“. In nur 14,0 % der Verträge werden gar keine Haftungsbeschränkungen vereinbart (daneben konnten 12,8 % der Unternehmen die Frage nicht beantworten).

⁹⁶ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Umfrage 2, Frage 21a, S. 250.

⁹⁷ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Umfrage 2, Frage 21b, S. 251.

⁹⁸ *Vogelauer*, ERPL 2013, 13, 20; *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 173.

die Vorschriften des Vertragsrechts und das Eingreifen des staatlichen Rechts in den B2B-Vertrag sind, desto attraktiver ist das Recht für Unternehmen.⁹⁹ Viele deutsche Maschinen- und Anlagenbauer würden daher bevorzugen, dass Schweizer Recht ihre Verträge bestimmt.¹⁰⁰ Englische Stimmen benennen das englische und das New Yorker Recht als am minimalistischsten und daher am attraktivsten für Unternehmen.¹⁰¹ So gelte nach Ansicht mancher für die Regulierungsdichte bei der Gesetzgebung für das Vertragsrecht im unternehmerischen Rechtsverkehr „More Means Worse“.¹⁰² Je weniger Regelungen bestehen, desto mehr Vertragsfreiheit herrsche und desto attraktiver sei das materielle Recht für unternehmerische Verträge.¹⁰³ So kann es daher sein, dass trotz der an sich bestehenden Vertrautheit mit dem eigenen Rechtssystem, Unternehmen den Vorteil der Vertrautheit mit ihrer Heimatrechtsordnung freiwillig aufgeben und eine andere Rechtsordnung als auf ihre Verträge anwendbar auswählen. Dies kann daher rühren, wenn das eigene Sachrecht für ein Unternehmen in seiner Branchenaktivität derart nachteilige Regelungen bereithält, dass der Vorteil der Vertrautheit mit dem eigenen Rechtssystem für das Unternehmen nicht mehr den Vorteil geringerer Rechtsermittlungskosten im eigenen Rechtssystem aufwiegt.¹⁰⁴ So kann es sein, dass deutsche Exporteure aufgrund des deutschen AGB-Rechts und der eingeschränkten Wirksamkeit formularmäßiger Haftungsausschlüsse geneigt sein könnten, andere Rechtsordnungen zu präferieren.¹⁰⁵ Jedoch müssten diese Vorteile gegen Rechtsinformationskosten und Unsicherheitskosten abgewogen werden.¹⁰⁶

3. Vertrautheit eines Rechtssystems

Vertrautheit (engl. *familiarity*) mit einem Rechtssystem ist für Unternehmen attraktiv. Parteien internationaler Handelsverträge bevorzugen oft instinktiv ihr eigenes, vertrautes Recht.¹⁰⁷ Dies ermöglicht Unternehmen effizient zu

⁹⁹ *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 173.

¹⁰⁰ *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 20.

¹⁰¹ *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 173.

¹⁰² So der englische Vertragsrechtler: *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 180.

¹⁰³ Siehe so: *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 180.

¹⁰⁴ Vgl. ebenso *Mankowski*, RIW 2003, 2, 3.

¹⁰⁵ *Mankowski*, RIW 2003, 2, 3.

¹⁰⁶ *Mankowski*, RIW 2003, 2, 3.

¹⁰⁷ v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1, Rn. 81; *Mankowski*, in: FS Schäfer 2008, 369, 370; *Born*, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13.04 [A], S. 258; zu dem Ergebnis kommend, dass „Vertrautheit“ einer der wichtigsten Anreizfaktoren ist: *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 77; *Coester*, Comment on Vogenauer, 285, 286 in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013); *Brödermann*, Hamburg Law Review 2016, 21, 21 und 24; *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 80; unter Hinweise auf die Vertrautheit der „fami-

agieren, da die Vertrautheit Recherche-, Rechtsermittlungs- und Informationskosten einspart.¹⁰⁸ Die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung bringt für eine Partei einen verhältnismäßig teuren Prozess mit sich, da dann kostspielige Sachverständigengutachten zum ausländischen Recht im Verfahren erforderlich werden.¹⁰⁹ Zudem vermeidet Vertrautheit mit einem Rechtssystem Unsicherheiten, die entstehen, wenn Unternehmen unvorhergesehene Details einer ausländischen Rechtsordnung befürchten.¹¹⁰ Kann eine Partei sich auf ihre gewohnten Rechtsberater zurückberufen, schafft dies Routine und Verlässlichkeit.¹¹¹ Dies wiederum verringert Vorsichts- und Unsicherheitskosten.¹¹² Gleichzeitig trifft das Interesse der Unternehmer, sich an dieselben Rechtsberater zu halten, mit dem der Rechtsberater überein, die ein Eigeninteresse am Behalten ihrer Kundschaft haben.¹¹³ Die Rechtsberater haben ein Interesse an der Wahl des Rechts, in dem sie heimisch sind und einen Beratungsvorsprung haben.¹¹⁴ Zudem verstärken die Standard-AGB von nationalen Interessenverbänden dieses Streben nach dem heimischen, vertrauten Recht, da sie ein Interesse an der Anwendung ihres heimischen Rechts haben um dadurch die Bindung an den Verband zu stärken.¹¹⁵

Selbst wenn das Heimatrecht gar keine Vorteile bringt, kann der Vertrautheitsfaktor teilweise die Rechtswahl dominieren.¹¹⁶ Ist es für ein Unternehmen oder in einer Branche jedoch üblich, Verträge einer bestimmten ausländischen Rechtsordnung zu unterstellen, führt der Anreizfaktor der Vertrautheit zur Wahl der in der Branche üblichen Rechtsordnung. Da Unternehmen bei der Rechtswahl *repeat player* sind, amortisiert sich auch der zunächst verhältnismäßig kostspieligere Wissensaufbau in einer fremden Rechtsordnung, wenn diese danach wiederholt in Verträgen genutzt wird.¹¹⁷ Dass im Gegensatz dazu „Unvertrautheit“ der Attraktivität einer Rechtsordnung schaden kann, zeigt sich am Beispiel des Ausschlusses des CISG, das meist auf-

liar principles of English commercial law“ siehe auch: *Dicey, Morris and Collins*, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 32-044.

¹⁰⁸ Siehe auch: *Mankowski*, RIW 2003, 2, 3; *Morgan*, *Contract law minimalism* (2013), S. 189.

¹⁰⁹ *Fentiman*, *International commercial litigation* (2015), Rn. 1.77.

¹¹⁰ *Mankowski*, RIW 2003, 2, 3. *Gilles Cuniberti*, *The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws*, 34 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* (2014), 455, 455; *Fentiman*, *International commercial litigation* (2015), Rn. 7.07.

¹¹¹ *Mankowski*, RIW 2003, 2, 3.

¹¹² *Mankowski*, RIW 2003, 2, 3.

¹¹³ *Mankowski*, RIW 2003, 2, 3.

¹¹⁴ *Mankowski*, in: FS Schäfer 2008, 369, 370; *Brödermann*, *Hamburg Law Review* 2016, 21, 24; zum dahinterstehenden *principal-agent*-Konflikt siehe Kapitel 5 – B.II.2.c).

¹¹⁵ Siehe hierzu: *Mankowski*, in: FS Schäfer 2008, 369, 370 f.

¹¹⁶ *Born*, *International Arbitration: Law and Practice*, 2. Aufl. 2016, § 13.04 [A], S. 258.

¹¹⁷ Siehe auch *Mankowski*, in: FS Schäfer 2008, 369, 371.

grund von Unkenntnis und nicht aus materiellrechtlichen Bedenken der Vertragsparteien oder anderer inhaltlicher Gründe abgewählt wird.¹¹⁸

Die Bedeutung des Anreizfaktors der Vertrautheit spiegelt sich auch in den Antworten der Unternehmen in den empirischen Daten wider, in denen die favorisierte Rechtswahl der Unternehmen als allererstes ihre Heimatrechtsordnung und als zweites eine vertraute Rechtsordnung ist.¹¹⁹ Weitere Untermauerung hierfür kann aus den schiedsrechtlichen Daten der *Queen Mary Survey* (2010) gezogen werden, in der die Unternehmen die „Vertrautheit und Erfahrung mit einem bestimmten Recht“ („familiarity with and experience of the particular law“) als drittbedeutsamsten Faktor unter ihren „Haupteinflüssen auf die Wahl des Rechts, das den Inhalt des Rechtsstreits regelt“ („top influences on the choice of the law governing the substance of the dispute“) bewertet haben.¹²⁰ Darüber hinaus haben Unternehmen in derselben Studie in Interviews unterbreitet, dass Vertrautheit ein starker Einfluss ist und manche Interviewte berichteten, dass, wenn es ihnen nicht möglich war, ihr eigenes Heimatrecht als anwendbares Vertragsrecht durchzusetzen, sie als Alternative nach Rechtsordnungen suchen würden, die Ähnlichkeiten mit der eigenen haben.¹²¹ Gleichfalls gelangt *Kieninger* in ihrer Studie der Vertragshandbücher (2002) zu dem Ergebnis, dass insbesondere die Vertrautheit der Parteien mit einer bestimmten Rechtsordnung entscheidend für die Rechtswahl ist.¹²²

4. Schiedsfreundlichkeit

Schiedsfreundlichkeit ist ein weiterer Faktor, der Unternehmen dazu anreizt, ein bestimmtes Recht zu wählen. Der Umgang mit Schiedsverfahren in einer

¹¹⁸ Vgl. ebenso *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 308; *Meyer*, *RabelsZ* 2005, 457, 475; *Voser / Boog*, *RIW* 2009, 126, 135; *Spagnolo*, *J. Priv. Int. Law* 2010, 417, 421–423; *Vogenauer*, *ERPL* 2013, 13, 23; *Mankowski*, in: *FS Magnus* 2014, 255, 257–261.

¹¹⁹ Hierzu siehe die ausführliche Evaluierung über die Bedeutung der verschiedenen Faktoren bei der unternehmerischen Rechtswahl in: *Vogenauer*, *ERPL* 2013, 13, 35 ff. (77); und zur schiedsrechtlichen Perspektive: *Queen Mary Survey* (2010), Chart 9, S. 13. In der *Queen Mary Survey* (2010) wurden die Unternehmen nach dem anwendbaren Recht befragt, dass ihre Gesellschaft am häufigsten wählt, wenn sie die Wahl haben. Die 136 Umfrageteilnehmer antworteten mit 44 %-iger Nennung der Heimatrechtsordnung („law of home jurisdiction“). Gleichzeitig gaben 53 % der Parteien an, dass ihre Gegenpartei, regelmäßig das Vertragsrecht ihrer Heimatjurisdiktion auferlegen würden (*Queen Mary Survey* (2010), Chart 10, S. 13).

¹²⁰ *Queen Mary Survey* (2010), Chart 8, S. 12. Die meist benannten Faktoren waren „Neutrality and impartiality of the legal system“ (1.), „Appropriateness for type of contract“ (2.).

¹²¹ *Queen Mary Survey* (2010), S. 11.

¹²² *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 287–300, insb. ausdrücklich 308.

Rechtsordnung hat Auswirkungen auf die Attraktivität einer Rechtsordnung für Unternehmen. Dabei stellt eine für Unternehmen attraktive, schiedsfreundliche Rechtsordnung eine solche Rechtsordnung dar, die eine restriktive, aber bewährte Interventionsdichte staatlicher Gerichte in den Schiedsprozess vorweist.¹²³ Somit wirkt das nationale Schiedsrecht eines Staates dann attraktiv für Unternehmen bei der Wahl des Schiedsortes, wenn es unterstützend und positiv gegenüber internationalen Schiedsverfahren eingestellt ist, eine effektive Vollstreckung der Schiedssprüche sicherstellt, die Wahl der Parteivertreter und Schiedsrichter weitreichend den Parteien überlässt, minimale rechtliche Supervision durch die staatlichen Gerichte zulässt und gleichzeitig bei der Anfrage staatlicher Unterstützung durch die Schiedsrichter unterstützend agiert.¹²⁴

Zudem ist es wichtig für die unternehmerische Rechtswahl, dass der Schiedsort in einem Staat belegen ist, der das New Yorker Übereinkommen (NYÜ) ratifiziert hat.¹²⁵ Das ist bedeutsam für die Möglichkeit der Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs im Ausland, der gem. Art. I Abs. 1 NYÜ als in dem Staat, an dem der Ort des Schiedsgerichts ist, erlassen gilt.¹²⁶

Die empirischen Daten unterstützen die Erkenntnis, dass Schiedsfreundlichkeit, wenn auch nicht der bedeutsamste, ein Einflussfaktor bei der Rechtswahl der Unternehmen ist. In den Daten der *Oxford Civil Justice Survey* (2008) wurde „Schiedsverfahren“ („arbitration“) als siebt-bedeutendster Einflussfaktor auf die Wahl des anwendbaren Vertragsrechts unter 23 aufgelisteten Faktoren bewertet.¹²⁷ Zudem sind gemäß den Statistiken der Schiedsinstitutionen auch die meistgewählten Schiedsorte in Ländern, in denen eine restriktive Intervention der staatlichen Gerichte in den Schiedsprozess erfolgt. Ob dies Kausalität oder Korrelation ist, kann allein aus dieser Aussage nicht entnommen werden. Zumindest aber widerlegt es nicht die Annahme, dass Schiedsfreundlichkeit ein Pullfaktor für eine Rechtsordnung ist. So waren im Jahr 2014 in ICC-Schiedsverfahren die meistgewählten Schiedsorte Frankreich (84 Verfahren), das Vereinigte Königreich (80 Verfahren) und die

¹²³ *Mankowski*, Rechtskultur (2016), S. 416; *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 70; *Born*, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 6.04, S. 123; *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 175.

¹²⁴ *Born*, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 6.04 [A][3], S. 124.

¹²⁵ *Born*, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 6.04 [A][1], S. 123.

¹²⁶ *Born*, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 6.04 [A][1], S. 123.

¹²⁷ „When choosing a governing contract law for cross-border transactions, to what extent do you take into account the following factors?“, *Oxford Civil Justice Survey* (2008), Frage 19, S. 17.

Schweiz (77 Verfahren) von insgesamt 441 Verfahren.¹²⁸ Dem nationalen Recht Frankreichs und der Schweiz ist gemein, dass sie einen Bezug zu staatlichem Kollisionsrecht für Schiedsgerichte ablehnen und Schiedstribunalen hingegen erlauben, eigenständig und frei zu entscheiden, welches Recht sie als für die Beilegung des Rechtsstreits geeignet erachten.¹²⁹ Da diese viel gewählten Schiedsstandorte zu Staaten mit geringer Interventionsdichte im Schiedsrecht gehören, stellt dies ein weiteres Indiz dafür dar, dass Schiedsfreundlichkeit ein Pullfaktor für die Rechtswahl und die Rechtsstandortwahl ist.

Auch England hat mit besonderem Blick darauf, dass London sein „Arbitration Business“ an andere Jurisdiktionen verlieren könnte, den Arbitration Act 1996 besonders zurückhaltend in den Möglichkeiten eines Anfechtens von Schiedssprüchen gehalten.¹³⁰ Beispielsweise erlaubt das englische Recht gem. Sec. 69 Arbitration Act 1996 nur begrenzt ein Recht zur Revision des Schiedsspruchs hinsichtlich Rechtsfragen, worauf die Parteien jedoch durch Vereinbarung verzichten können.¹³¹ Die Möglichkeit in England, Schiedssprüche aufgrund eines Rechtsfehlers anzufechten, wird von den englischen Gerichten restriktiv ausgelegt.¹³² Auch in Frankreich können die Parteien durch ausdrückliche Erklärung gem. Art. 1522 Code de Procédure Civile-Frankreich auf ihr Recht verzichten, Klagen mit dem Ziel der Aufhebung des Schiedsspruchs einzureichen.¹³³

All diese Faktoren deuten darauf hin, dass eine geringe Interventionsdichte in das Schiedsverfahren eine Anreizwirkung auf Unternehmen hat, das materielle Vertragsrecht dieser Rechtsordnung als auf ihren Vertrag anwendbar zu wählen. Deutschland steht hierbei nicht auf der Liste der meistgewählten Schiedsorte, womit der Pullfaktor anderer Nationen in diesem Aspekt größer ist. Wie groß der Einfluss des Umgangs mit dem Schiedsrecht einen Einfluss auf die Wahl des materiell anwendbaren Rechts auf den Vertrag haben kann, hängt wiederum mit der Intensität der koordinierten Wahl durch Unternehmen von Forum und anwendbarem Recht für ihre Handelsverträge ab.

¹²⁸ Deutschland folgte an fünfter Stelle mit 23 Verfahren im Jahr 2014 nach den U.S.A. (53 Verfahren). Ergebnisse bezüglich der Wahl des Schiedsortes eines Schiedsverfahrens bei der ICC aus dem Jahr 2014 ausweislich: *Born*, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 6.04 [B], S. 126.

¹²⁹ Und auch dem nationalen Recht der Niederlande ist dies gemein: *Redfern / Hunter*, 2015, Rn. 3.219.

¹³⁰ *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 174 f., 181; UK Arbitration Act 1996, abrufbar unter: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/69>>.

¹³¹ Vgl. Sec. 69 Abs. 1 UK Arbitration Act 1996; so auch *Redfern / Hunter*, 2015, Rn. 10.68.

¹³² *Redfern / Hunter*, 2015, Rn. 10.75.

¹³³ Vgl. Art. 1522 S. 1 Code de Procédure Civile (abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000023430146>; siehe auch *Redfern / Hunter*, 2015, Rn. 10.71.

5. *Rechtstradition (common law / civil law)*

Die Rechtstradition (*legal tradition*) spielt ebenfalls eine Rolle bei der Entscheidungsfindung bezüglich der Rechtswahl durch Unternehmen. In dieser Hinsicht agiert *common law* als Pullfaktor im Gegensatz zu *civil law*.¹³⁴ Ein Grund hierfür ist die weltweit verbreitete Nutzung des *common law*, durch die eine Bekanntheit und gegebenenfalls ein Rechtsexport und Kenntnis des *common law* entsteht und somit eine höhere Vertrautheit mit *common law*-Rechtsordnungen in internationalen Handelstransaktionen besteht.¹³⁵ Richter aus *common law*-Jurisdiktionen berücksichtigen in ihrer Entscheidungsfindung Entscheidungen anderer *High Courts* aus anderen *common law*-Jurisdiktionen und konsultieren deren rechtswissenschaftliche Lehrbücher und Literatur.¹³⁶ Dadurch findet eine wechselseitige Beeinflussung zwischen den *common law*-Jurisdiktionen statt.¹³⁷

Darüber hinaus wird teilweise hervorgehoben, dass die Abwesenheit einer generellen Pflicht von „Treu und Glauben“ oder eines Prinzips der „Angemessenheit“ ein Anreizfaktor für Unternehmen sei, *common law* anstelle von *civil law* zu wählen.¹³⁸ Dies würde mehr Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit hinsichtlich des Resultats der Entscheidung mit sich bringen.¹³⁹ Die vagen und unscharfen Begriffe der *reasonableness* und des *good faith* hätten eine abstoßende Wirkung auf unternehmerische Verträge.¹⁴⁰ So sei beispielsweise im deutschen BGB der § 242 BGB hinderlich für den unternehmerischen Rechtsverkehr.¹⁴¹ Das englische Recht sei flexibler als viele *civil law*-Systeme, die auf einem rigideren und vorgeschriebenerem Zivilgesetzbuch fundieren.¹⁴² Vorteil des englischen Rechts sei, dass die Rechtsfortbildung

¹³⁴ Siehe so auch Coester, Comment on Vogenauer, 285, 285 in: Eidenmüller (Editor), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013); auch bezüglich der Annahme, dass Rechtstradition eine Rolle in dieser Entscheidungsfindung spielt: *Fondation pour le droit continental*, „Choisir son droit – Conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux“ (2012), S. 182.

¹³⁵ Coester, Comment on Vogenauer, 285, 285. in: Eidenmüller (Editor), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013).

¹³⁶ Lord Reed, *RabelsZ* 82 (2018), 563, 565.

¹³⁷ Lord Reed, *RabelsZ* 82 (2018), 563, 565.

¹³⁸ Broschüre, „England and Wales: The jurisdiction of choice“, 2007, S. 5; Morgan, *Contract law minimalism* (2013), S. 186.

¹³⁹ Dies wird argumentiert von Morgan, *Contract law minimalism* (2013), S. 187; von der Broschüre „England and Wales: The jurisdiction of choice“, 2007, S. 5. Broschüre, und ausführlich hierzu Kötz, *ERPL* 2010, 1243, 1244 f.

¹⁴⁰ Morgan, *Contract law minimalism* (2013), S. 187.

¹⁴¹ Verweis auf solche Kritik aus der englischen Literatur von Kötz, der der Kritik entgegenhält, dass keine Nachweise dafür ersichtlich seien, dass § 242 BGB als eine Quelle der Unsicherheit bezeichnet werden könne, vgl.: Kötz, *ERPL* 2010, 1243, 1245.

¹⁴² Broschüre, „England and Wales: The jurisdiction of choice“, 2007, S. 8.

durch Rechtsprechung erfolge und damit eine höhere Flexibilität hinsichtlich neuerer Entwicklungen im Handel und in der Wirtschaft einhergingen, als es *civil law*-Rechtsordnungen möglich wäre.¹⁴³

Zudem besteht in internationalen Transaktionen eine weit verbreitete Nutzung von standardisierten Modelverträgen, die überwiegend in englischer Sprache verfasst sind.¹⁴⁴ Insbesondere im handelsrechtlichen Feld ist die Konvergenz des Rechts und der Praxis über alle Jurisdiktionen wirtschaftlich effizient, da es Transaktionskosten senkt.¹⁴⁵ Im Handelsrecht sind Standardformulare in grenzüberschreitenden Transaktionen die Normalität.¹⁴⁶ Die in englischer Sprache verfassten Verträge sind oft durch Anwälte entworfen, die ihre Ausbildung in Rechtssystemen mit *common law*-Tradition erfahren haben.¹⁴⁷ Dies führt dazu, dass die Verträge darauf ausgerichtet sind, den *common law*-Vertragsanforderungen und Auslegungserfordernissen gerecht zu werden.¹⁴⁸ Diese erweiterte Nutzung der englischen Sprache bringt folglich einen „common law drafting style“ mit sich, mit dem sich dann Juristen selbst aus *civil law*-Jurisdiktionen vertraut machen.¹⁴⁹ Auf diese Weise eignen sich auch *civil law*-Anwälte die Vertragsgestaltungstechniken und Prinzipien des *common law* an, was wiederum zu einer weiteren Bekanntheit und Vertrautheit mit *common law*-Verträgen unter *civil law*-Operatoren führt.¹⁵⁰

Auch *civil law*-Jurisdiktionen wie Frankreich und Deutschland heben die Vorteile ihrer Rechtstradition hervor.¹⁵¹ So könnte beispielsweise für die Wahl eines Forums und des materiellen Rechts einer *civil law*-Jurisdiktion sprechen, dass es hierbei weniger wahrscheinlich ist, dass ausgiebige *disclosure*- und *cross-examination*-Verfahren durchgeführt werden.¹⁵² Dies hängt von den Interessen der Parteien ab, was vorzugswürdiger für sie erscheint.

¹⁴³ Sir William Blair, „Contemporary Trends in the Resolution of International Commercial and Financial Disputes“, Durham University, ICCL Lecture 2016, S. 5.

¹⁴⁴ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 8; zur weit verbreiteten Nutzung von standardisierten Modelverträgen: Lord Reed, RabelsZ 82 (2018), 563, 574.

¹⁴⁵ Lord Reed, RabelsZ 82 (2018), 563, 574.

¹⁴⁶ Lord Reed, RabelsZ 82 (2018), 563, 574.

¹⁴⁷ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 10.

¹⁴⁸ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 10.

¹⁴⁹ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 8 ff.

¹⁵⁰ Cordero-Moss, International Commercial Contracts (2014), S. 11.

¹⁵¹ Broschüre, „Continental law – global, predictable, flexible, cost-effective“, 2011, <https://www.brak.de/w/files/05_zur_rechtspolitik/international/broschuere_de.pdf>.

¹⁵² So bspw. zu den Vorteilen der Wahl eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz und Schweizer Recht als anwendbares materielles Recht, während hingegen bei der Wahl eines Schiedsortes in England und englischer Rechtswahl es wahrscheinlicher ist, dass typische *common law*-Verfahrenseinheiten in das Schiedsverfahren mit aufgenommen werden: Born, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 6.04 [A][5], S. 124 f.

Dieser Eindruck zeigt, dass die Tatsache, aus welcher Rechtstradition eine Rechtsordnung stammt, einen Einfluss auf die Rechtswahl der Unternehmen in ihren Handelsverträgen hat.

6. Englische Sprache und/oder Vielsprachigkeit

Die englische Sprache ist ein weiterer attraktiver Anreizfaktor für die Wahl des anwendbaren Vertragsrechts. Obwohl Sprache nur Mittel zum Zweck sein sollte – also Mittel zur Kommunikation – hat sie einen Einfluss auf die Rechtswahl in unternehmerischen Verträgen. Die Anziehungskraft der Sprache wirkt sich auf unterschiedliche Weisen aus.

Englisch ist die gemeine Sprache im internationalen Geschäftsverkehr.¹⁵³ Dies hat größere Auswirkungen als die rein sprachliche Dimension. Verträge sind oft in englischer Sprache entworfen. Die Übersetzung der regelmäßig in englischer Sprache verfassten internationalen Handelsverträge, kann Ungeheimheiten, Unsicherheiten und Risiken (sog. Sprachbruch) mit sich bringen.¹⁵⁴ Die Übersetzung von Verträgen und Dokumenten kreiert zusätzliche Kosten, Zeitaufwand und Unsicherheiten bezüglich der Auslegung der Sprache. Diese Risiken und Kosten können durch die Nutzung eines englischsprachigen Gerichts umgangen werden.¹⁵⁵ Aus diesem Grund könnten Parteien einen Vorteil darin sehen Englisch als Vertragssprache zu wählen und Gerichte auszuwählen, die die englische Sprache als Gerichtssprache und Sprache für Beweismaterial zulassen.¹⁵⁶

Ein weiterer wichtiger Aspekt der Anziehungskraft der englischen Sprache ist dessen Zugänglichkeit.¹⁵⁷ Hierdurch sind die Verfahren, die Auslegung des Rechts und die gerichtlichen Entscheidungen für internationale Parteien leichter zugänglich.¹⁵⁸ Dabei sind neben der Rechtsprechung auch weitere rechtswissenschaftliche Quellen und Diskussionen für den internationalen Markt zugänglich. Die sprachlichen Zugangsmöglichkeiten ersparen Transaktionskosten.¹⁵⁹

¹⁵³ *Cordero-Moss*, International Commercial Contracts (2014), S. 10; *Born*, International Arbitration and Forum Selection Agreements, 2016, S. 7.

¹⁵⁴ BT-Drs. 19/1717, S. 8.

¹⁵⁵ So auch BT-Drs. 19/1717, S. 8.

¹⁵⁶ Zu Überlegungen der Einführung der englischen Sprache als zulässige Gerichtssprache in Deutschland und bestehenden Pilotprojekten: Kapitel 5 – C.I.

¹⁵⁷ So auch *Sir William Blair*, „Contemporary Trends in the Resolution of International Commercial and Financial Disputes“, Durham University, ICCL Lecture 2016, S. 5; Broschüre, „England and Wales: The jurisdiction of choice“, 2007, S. 8; ebenso *Coester*, Comment on Vogenauer, 285, 286 in: Eidenmüller (Editor), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013).

¹⁵⁸ Broschüre, „England and Wales: The jurisdiction of choice“, 2007, S. 8; *Coester*, Comment on Vogenauer, 285, 286 in: Eidenmüller (Editor), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013).

¹⁵⁹ *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 26.

Außerdem besteht unabhängig von den erlaubten Sprachen für den Prozess und die Dokumente letztlich ein Unterschied zwischen englischen Muttersprachlern und einer Gesellschaft in der Englisch eine erlernte Arbeitssprache ist. Selbst bei allen Bemühungen nicht-englischsprachiger Länder verbliebe ein Unterschied zwischen einem Forum und einem Vertragsrecht aus einem Land mit oder ohne englische Muttersprachler,¹⁶⁰ dessen Nachteil für nicht-englischsprachige Fora und Rechtssysteme im internationalen Streitbeilegungsmarkt bestehen bliebe.¹⁶¹

Neben der englischen Sprache ist auch der linguistische Faktor der „Vielsprachigkeit“ (*multilingualism*) ein Anreizfaktor für Unternehmen, ein bestimmtes Vertragsrecht zu wählen.¹⁶² Dies stellt insbesondere für Staaten, die verschiedene Sprachen als Mutter- beziehungsweise Amtssprache haben, wie beispielsweise die Schweiz, einen Anreizfaktor dar.¹⁶³ In solchen vielsprachigen Staaten sind nicht nur Juristen in unterschiedlichen Sprachen ausgebildet und die gerichtlichen Entscheidungen in verschiedenen Sprachen veröffentlicht,¹⁶⁴ sondern auch die Gesetze, die Gesetzeskommentare und rechtlichen Recherchequellen in verschiedenen Sprachen auffindbar und somit zugänglicher für Parteien internationaler Verträge und Streitigkeiten.¹⁶⁵ So werden sprachlich von der Schweiz kleinere Jurisdiktionen wie Belgien und Österreich umfasst.¹⁶⁶ Diese vielsprachigen Staaten haben, zumindest wenn nicht das Heimatrecht zur Auswahl steht, einen großen Wettbewerbsvorteil, wenn ein neutrales Recht eines Drittstaates gesucht und ausgewählt wird.¹⁶⁷

Für die Schweiz wirkt sich zudem als Anreizfaktor zusätzlich das Merkmal einer Kombination einer Vielsprachigkeit mit der Eigenschaft eine „*non-common law*“-Jurisdiktion zu sein aus. Hierdurch belegt die Schweiz eine

¹⁶⁰ Coester, Comment on Vogenauer, 285, 286 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013).

¹⁶¹ Coester, Comment on Vogenauer, 285, 286 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013).

¹⁶² Vogenauer, ERPL 2013, 13, 59.

¹⁶³ Die Schweiz bspw. bietet bereits drei wichtige europäische Handelssprachen als Amtssprachen an (Deutsch, Französisch und Italienisch). Vgl. so auch Vogenauer, ERPL 2013, 13, 59; Voigt, *Journal of Empirical Legal Studies* 2008, 1, 17.

¹⁶⁴ Die Verfahrenssprache und Sprache der Entscheidungen hängen von der jeweiligen Amtssprache (bzw. Amtssprachen) des Kantons ab. Manche Kantone sind multilingual (z. B. Bern, Art. 6 KV/BE, Freiburg, Art. 6 KV/FR und Wallis, Art. 12 KV/VS). Siehe im Detail hierzu: BSK ZPO-Gschwend, Art. 129 ZPO, Rn. 3.

¹⁶⁵ Siehe bspw. Schweizerisches Zivilgesetzbuch ist in fünf verschiedenen Sprachen online verfügbar (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rätoromanisch, Englisch): <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html>>; auch die Rechtskommentare sind oft in vier Sprachen (Englisch, Deutsch, Französisch und Italienisch) erhältlich, vgl. Voigt, *Journal of Empirical Legal Studies* 2008, 1, 17.

¹⁶⁶ Vogenauer, ERPL 2013, 13, 59.

¹⁶⁷ Vogenauer, ERPL 2013, 13, 59.

Nische, die sie ohne Konkurrenz durch *common law*-Jurisdiktionen innehat.¹⁶⁸ Schweizer Recht erscheint als naheliegende Wahl für eine neutrale Rechtswahl eines Drittstaates in Westeuropa, wenn keiner der Parteien aus einem *common law*-Rechtssystem stammt.¹⁶⁹

Die empirischen Daten unterstützen die Annahme eines Einflusses der Sprache auf die unternehmerische Rechtswahl. Der Faktor „Sprache“ wurde als elftichtigster Faktor von 23 gelisteten Faktoren in der *Oxford Civil Justice Survey* (2008) von den Unternehmen bewertet.¹⁷⁰ In der *BIICL-Survey* (2015) gaben 57 % der Befragten den Faktor „Sprache“ als einen Faktor an, der deren Entscheidung geleitet hatte, das englische Recht als anwendbares Vertragsrecht zu vereinbaren.¹⁷¹

7. (Eindruck einer) Neutralität des Rechts

Ein siebter Anreizfaktor bei der Wahl des anwendbaren Vertragsrechts ist der wahrgenommene Eindruck einer Neutralität des Rechts. Ein „neutrales Recht“ darf hierbei nicht verwechselt werden mit einem inhaltlich neutralen Recht – was auch immer dies genau für eine Rechtsordnung bedeuten mag.¹⁷² „Neutral“ in diesem Sinne wird von den Parteien auf zwei Arten assoziiert: Einerseits stellt ein neutrales Recht das Recht eines Drittstaates dar, der mit keinem der Vertragspartner verbunden ist. Andererseits assoziierten manche Parteien „neutral“ mit einer diffusen Wahrnehmung eines Vertragsrechts, das fair und unparteiisch zwischen den Vertragspartnern ist. Die Wahl eines neutralen Rechts eines Drittstaates ist besonders attraktiv für Unternehmen, wenn das Durchsetzen ihrer Heimatrechtsordnung in den Vertragsverhandlungen fehlgeschlagen ist.¹⁷³ Der Vorteil einer solchen Lösung ist, dass keine der Parteien einen vergleichweisen Vorteil gegenüber der anderen Partei hat, dass sie weniger Informationskosten als der Vertragspartner investieren muss, um das

¹⁶⁸ Vogenauer, ERPL 2013, 13, 59 f.

¹⁶⁹ Vogenauer, ERPL 2013, 13, 59 f.

¹⁷⁰ „When choosing a governing contract law for cross-border transactions, to what extent do you take into account the following factors?“, *Oxford Civil Justice Survey* (2008), Frage 19, S. 17 („language“ als elftichtigster Faktor).

¹⁷¹ 92 Befragte der insgesamt 161 Befragten bewerteten den Faktor „Sprache“ als „relevant“ (50), „very relevant“ (28) oder „decisive“ (14). Mehrfachnennung war möglich. *BIICL Survey* (2015), Q25, S. 51.

¹⁷² Bspw. weisen v. *Bar / Mankowski*, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1 Rn. 70 auf das Missverständnis zwischen neutralem Recht i.S.e. Rechts, das nicht das Heimatrecht einer der Vertragsparteien ist, und einem politisch neutralem Staat hin. Von letzterer Auffassung hätten das schweizerische und schwedische Recht v. *Bar / Mankowski* zufolge stark profitiert.

¹⁷³ *Mankowski*, RIW 2003, 2, 5; *ders.*, in: FS Schäfer 2008, 369, 374; *Fondation pour le droit continental*, „Choisir son droit – Conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux“ (2012), S. 182.

anwendbare Recht zu ermitteln.¹⁷⁴ Obwohl sich aus ökonomischer Sicht ein wirtschaftlicher Nachteil durch die Wahl einer neutralen Rechtsordnung eines Drittstaates ergibt, wählen die Parteien gerne diese Lösung. Die Gesamttransaktionskosten steigen, wenn das gewählte Recht für beide Parteien eine fremde Rechtsordnung ist, da sich die Rechtsermittlungskosten geradezu verdoppeln¹⁷⁵ – beide Vertragspartner müssen sich in einer für sie fremden, ausländischen Rechtsordnung bewegen. Trotzdem wählen Unternehmen gerne ein neutrales Recht. Diese Wahl ist auch eine rationale Wahl der Parteien, da diese so auf einem *level playing field* interagieren. Ein neutrales Recht vermittelt das Gefühl einer „Waffengleichheit“ zwischen den Parteien – denn keine der Parteien konnte mit ihrem Heimatrecht durchdringen und dadurch einen komparativen Vorteil gegenüber dem Vertragspartner erlangen.¹⁷⁶

Bei der Suche nach einer „neutralen“ Rechtsordnung wird teilweise „Neutralität“, das heißt beiderseitige Rechtsfremdheit, mit sicherheits- und militärpolitischer Neutralität des betreffenden Staates verwechselt.¹⁷⁷ In dieser Hinsicht verhelfen völkerrechtliche und politische Neutralität eines Staates zu einem attraktiven Anreizfaktor für die Wahl dessen Vertragsrechts.¹⁷⁸ Zum Beispiel wird das Schweizer Recht oft mit dem Renommee einer Neutralität, Unparteilichkeit und Stabilität assoziiert.¹⁷⁹ Somit ist „Neutralität“ ein Anreizfaktor für die unternehmerische Rechtswahl auf zwei Arten: Hauptsächlich in dem Sinne des Rechts eines Drittstaates, der keine Verbindung zu den Vertragsparteien hat; daneben für manche Unternehmen als ein Anreizfaktor durch die Assoziation der Wahrnehmung einer „politischen Neutralität“. Bei der Wahl einer „neutralen“ Rechtsordnung, die nicht die Heimatrechtsordnung einer der Parteien ist, kann auch ein „Heimspiel zweiten Grades“ versucht werden, indem eine Partei als neutrales Recht eine Rechtsordnung vorschlägt, die eine große Nähe zur eigenen Rechtsordnung aufweist und somit doch relativ vertraut ist.¹⁸⁰

In der *Queen Mary Survey* (2010) haben die Unternehmen „neutrality and impartiality of the legal system“ als wichtigsten Faktor bewertet, als sie nach den auf sie wirkenden Haupteinflüssen bei der Wahl das materiellrechtlich anwendbaren Rechts („top influences on the choice of the law governing the

¹⁷⁴ Mankowski, RIW 2003, 2, 5.

¹⁷⁵ Mankowski, RIW 2003, 2, 5; ders., in: FS Schäfer 2008, 369, 374; v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1, Rn. 72.

¹⁷⁶ Mankowski, RIW 2003, 2, 5; ders., in: FS Schäfer 2008, 369, 373 f.; v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1, Rn. 70.

¹⁷⁷ Mankowski, RIW 2003, 2, 5.

¹⁷⁸ So auch Mankowski, RIW 2003, 2, 5.

¹⁷⁹ Vogenauer, ERPL 2013, 13, 60; Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 289; Voigt, Journal of Empirical Legal Studies 2008, 1, 17; v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1, Rn. 70.

¹⁸⁰ v. Bar / Mankowski, IPR II, 2. Aufl., 2019, § 1, Rn. 72.

substance of the dispute“) befragt wurden.¹⁸¹ Auch in den Interviews der *Queen Mary Survey* (2010) beschrieben die Unternehmen, dass es bei gleicher Verhandlungsmacht der Vertragsparteien der normale Weg sei, dass der Vorschlag der Heimatjurisdiktion einer Partei von dem Vertragspartner abgelehnt wird und sodann als wechselseitig annehmbare Lösung ein „neutrales“ Recht gewählt wird.¹⁸²

Das Schweizer Recht¹⁸³ und das englische Recht werden gerne als „neutrales“ Recht für Parteien aus anderen Staaten gewählt. Während der Schweiz die oben benannte Wahrnehmung als politisch neutralem Staat hilft, verhilft der englischen Rechtsordnung die Option, ein „neutrales“ Recht für zwei kontrahierende *civil law*-Unternehmen aus Europa anzubieten, das nicht aus derselben Rechtsfamilie stammt, wie das Recht einer der beiden Vertragsparteien und so doch einer Partei vertrauter ist als der anderen.¹⁸⁴

8. Berechenbarkeit des Ausgangs einer Entscheidung

Die Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit einer Entscheidung stellt einen wichtigen Anreizfaktor für die Wahl einer Rechtsordnung dar.¹⁸⁵ Unternehmen mögen keine Unsicherheit. Rechtsunsicherheit stellt einen großen Störfaktor in Vertragsverhandlungen dar, weil die Parteien bei ambivalenter Rechtslage die Kosten und Nutzen des Vertrages nicht klar einschätzen können.¹⁸⁶ Die Rechtswahl selbst ermöglicht es Unternehmen, mehr Berechenbarkeit und Rechtssicherheit für ihre Transaktion zu schaffen.¹⁸⁷ Hierdurch sollen Transaktionsrisiken minimiert werden. Je mehr die Rechtsvorschriften eines nationalen Vertragsrechts durch die Rechtsprechung in internationalen Handelskontexten ausgelegt wurden, desto mehr Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit über den Ausgang der Interpretation des nationalen Vertragsrechts liefert diese Rechtsordnung für Unternehmen. Zu dieser Vorhersehbarkeit gehört auch die Sicherheit und Bestimmbarkeit der rechtlichen Prinzipien

¹⁸¹ *Queen Mary Survey* (2010), Chart 8, S. 12.

¹⁸² *Queen Mary Survey* (2010), S. 14–67 Interviews wurden durchgeführt.

¹⁸³ Dabei kommt der Schweiz zugute, dass sie eine verhältnismäßig kleinere Bevölkerung hat und sich somit öfter als „nicht am Verhandlungstisch“ vertreten findet und dadurch oft als „neutrale“ Lösung bei der Rechtswahl als Wahl des Rechts eines Drittstaates anbieten kann. Vgl. diese Beobachtung macht auch: *Voigt*, *Journal of Empirical Legal Studies* 2008, 1, 16 f.

¹⁸⁴ Wenn jedoch keine der Rechtsordnungen der dem Schweizer Recht zu ähnlich ist, dann würden vermutlich zwei *civil law*-Vertragsparteien das Schweizer Recht anstelle des englischen Rechts wählen, da es ihnen vertrauter ist.

¹⁸⁵ *Morgan*, *Contract law minimalism* (2013), S. 187.

¹⁸⁶ *Wagner*, *Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb* (2017), S. 86 f.

¹⁸⁷ *O'Hara / Ribstein*, *The Law Market* (2009), *Choice-of-Law Principles*, S. 37, 37; *Fentiman*, *International commercial litigation* (2015), Rn. 3.04.

einer Rechtsordnung.¹⁸⁸ Einen höheren Grad an Vorhersehbarkeit für unternehmerische Verträge bieten mithin Rechtssysteme mit hohen Fallzahlen im Bereich der Handelsverträge. Die Attraktivität einer Jurisdiktion als bevorzugter Ort für die Streitbeilegung steigt somit aus Sicht der Parteien, je reicher der Bestand der Gerichtsurteile, die dieses Recht konkretisieren, und je breiter die Erfahrung der Gerichte in diesem Gebiet ist.

In der *Oxford Civil Justice Survey* (2008) wurde die „Berechenbarkeit des Ausgangs der Entscheidungen“ („predictability of the outcomes“) als vierthöchster Faktor, der sie bei ihrer Wahl des anwendbaren Vertragsrechts in grenzüberschreitenden Verträgen beeinflusst, von den befragten Unternehmen bewertet.¹⁸⁹ Bei der Befragung der Unternehmen nach ihren Gründen zur Vermeidung eines bestimmten Vertragsrechts – mithin der gleichen Frage nur als Kontrollfrage negativ gestellt – bewerteten diese „predictability of the outcomes“ als wichtigsten Faktor für sie, ein Vertragsrecht zu vermeiden.¹⁹⁰ In der *BIICL Survey* (2015) nannten die Unternehmen „quality/certainty of the law“ als wichtigsten Faktor, der ihre Entscheidung für die Vereinbarung des englischen Rechts gelenkt hat.¹⁹¹

Auch in internationalen Schiedsverfahren hat der Faktor „Vorhersehbarkeit“ der Entscheidung unter einer Rechtsordnung einen wichtigen Einfluss für die Rechtswahl der Parteien.¹⁹² Trotz des Interesses an einer Vorhersehbarkeit der Entscheidung eines Schiedsgerichts, arbeitet derselbe Streitbeilegungsmechanismus gleichzeitig gegen eine Vorhersehbarkeit. Je mehr Streitigkeiten durch Schiedsgerichte entschieden werden und dabei unveröffentlicht bleiben, desto weniger Vorhersehbarkeit und Rechtsfortbildung und desto mehr Rechtsunsicherheit und veraltete Rechtsprechung verbleiben. Somit bereitet das „Abwandern“ internationaler wirtschaftsrechtlicher Streitigkeiten ins Schiedsrecht einen Negativeffekt, der sich gegen eine Vorhersehbarkeit ausbreitet. Dort werden die Verfahren unter Geheimhaltung geführt und können so keine Präjudizien darstellen.¹⁹³ Präjudizien sind jedoch

¹⁸⁸ So siehe auch *Sir William Blair*, „Contemporary Trends in the Resolution of International Commercial and Financial Disputes“, Durham University, ICCL Lecture 2016, S. 4.

¹⁸⁹ „When choosing a governing contract law for cross-border transactions, to what extent do you take into account the following factors?“, *Oxford Civil Justice Survey* (2008), Frage 19, S. 17. Die Antworten der Unternehmen zeigten als wichtigste Faktoren das „Vertragsrecht“ („contract law“ [1.]), die „Gerechtigkeit der Ergebnisse/Ausgänge“ („fairness of the outcomes“ [2.]), und „Korruption“ („corruption“ [3.]).

¹⁹⁰ *Oxford Civil Justice Survey* (2008), Frage 21, S. 20.

¹⁹¹ *BIICL Survey* (2015), Q25, S. 51.

¹⁹² *Born*, *International Arbitration: Law and Practice*, 2. Aufl. 2016, § 13, S. 239.

¹⁹³ *Tercier*, *Rechtsdurchsetzung ohne Staat*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Rechtsdurchsetzung ohne Staat* (2019), S. 45, 62. Bemängelt ebenfalls diesen Nachteil der Schiedsgerichtsbarkeit, weist jedoch gleichzeitig auf eine Tendenz hin, dass immer häufiger Schieds-

wichtig für Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit einer Entscheidung. Je weniger vergleichbare Fälle mit vergleichbaren Verhandlungspartnern, Vertragssummen oder vergleichbaren Märkte auf dem deutschen „Streitbeilegungsmarkt“ zugänglich sind, desto weniger Vorhersehbarkeit kann die deutsche Rechtsordnung und der Streitbeilegungsort Deutschland an einheimische und ausländische Wirtschaftsparteien signalisieren und ausstrahlen. In diesem Zusammenhang äußern verschiedene Autoren Bedenken, dass mittlerweile zentrale Bereiche des nationalen Wirtschaftsrechts zur Schiedsgerichtsbarkeit abgewandert seien.¹⁹⁴

Im Punkto Rechtssicherheit schneidet das englische Recht bislang sehr gut ab. Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit stellen einen der zentralen Aspekte beim Bewerben des englischen Handelsrechts dar.¹⁹⁵ Durch den Grundsatz englischer Gerichte, Verträge buchstäblich und mithin vorhersehbar zu interpretieren, stellen sich diese als besonders attraktiv für den unternehmerischen Rechtsverkehr dar.¹⁹⁶ Die Vorhersehbarkeit und Beständigkeit des englischen Rechts zeichnet sich auch dadurch aus, dass eine große Zurückhaltung gegenüber Rechtsprechungswandel durch die Gerichte besteht.¹⁹⁷ Die Entscheidungen der höheren Gerichte sind jeweils bindend für die hierarchisch darunter stehenden Gerichte.¹⁹⁸ Und selbst dem *Supreme Court*, beziehungsweise früher noch dem *House of Lords*, ist es erst seit 1966 gestattet, sich im engen Rahmen von seinen eigenen früheren Entscheidungen bei Bedarf abzuwenden.¹⁹⁹

Transnationales Recht (z.B. UPICC, PECL, CISG, INCOTERMS) bietet weniger Vorhersehbarkeit als nationale Rechtssysteme. In Ermangelung eines harmonisierten Prinzips, wie transnationale Regelungen angewandt und interpretiert werden sollen, variiert die Anwendung und Auslegung beachtlich je nach der Rechtstradition, Erfahrung und Herangehensweise desjenigen, der sie auslegt.²⁰⁰ So sind beispielsweise die Gerichte allgemein mit der Anwendung des CISG nicht vertraut, was zu weiterer Rechtsunsicherheit für die Parteien eines Rechtsstreits führt.²⁰¹ Somit sind die transnationalen Rechtsquellen nicht fähig einen harmonisierten und vorhersehbaren Rahmen für internationale Verträge bereit zu stellen.²⁰²

sprüche nach Ausblenden der Informationen, die eine Identifikation der Parteien erlauben würden, veröffentlicht würden.

¹⁹⁴ So bspw. *Hoffmann*, IWRZ 2018, 58, 60 f.; *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, Vor § 1025, Rn. 6.

¹⁹⁵ *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 187; *Worthington*, ERPL 2011, 345, 359.

¹⁹⁶ *Cordero-Moss*, International Commercial Contracts (2014), S. 12.

¹⁹⁷ *Cartwright*, Contract Law, 3. Aufl. (2016), S. 20–27.

¹⁹⁸ *Cartwright*, Contract Law, 3. Aufl. (2016), S. 24.

¹⁹⁹ *Cartwright*, Contract Law, 3. Aufl. (2016), S. 26 f.

²⁰⁰ *Cordero-Moss*, International Commercial Contracts (2014), S. 57.

²⁰¹ *Meyer*, RabelsZ 2005, 457, 475; *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 135.

9. (Eindruck der) Stabilität eines Rechtssystems

Die Stabilität eines Rechtssystems ist ein weiterer Faktor, der die unternehmerische Rechtswahl beeinflusst. Das Rechtssystem sollte politisch und legislativ stabil sein.²⁰³ Je stabiler der Eindruck einer Rechtsordnung in der Vergangenheit war, desto attraktiver ist sie für unternehmerische Verträge, da das Risiko negativer überraschender Änderungen in solchen Rechtsordnungen geringer wirkt.²⁰⁴ Das vorzugswürdige Recht sollte eine gesicherte Rechtskultur und eine unabhängige Judikative vorweisen können.²⁰⁵ Dies verringert die Befürchtung, dass überraschende Eingriffe des nationalen Gesetzgebers aufgrund nationaler gesellschaftlicher oder politischer Entwicklungen unerwartet eintreten.²⁰⁶ Beispielsweise fördert die Beständigkeit der verfassungsrechtlichen und institutionellen Einrichtungen Englands den Eindruck einer Stabilität des englischen Rechts und mithin dessen Attraktivität.²⁰⁷ Auch in internationalen Schiedsverfahren suchen die Parteien nach einem stabilen materiellen Rechtssystem.²⁰⁸

Die generelle Angst der Unternehmen, das Recht eines instabilen oder korrupten Staates für ihren Vertrag zu wählen, zeigt sich auch in der in empirischen Daten hoch bewerteten Einflussnahme des Faktors (Abwesenheit von) „Korruption“ für Unternehmen bei ihrer Rechtswahl.²⁰⁹

10. Forum

Das Forum selbst hat einen Einfluss auf die Wahl des anwendbaren Rechts in unternehmerischen Verträgen. Da die Wirksamkeit und Auslegung von Vertragsklauseln nur mit Rückgriff auf die Praxis der Gerichte und das Fallrecht beurteilt werden kann,²¹⁰ spielt die Forumswahl eine Rolle für die Auslegung des materiellen Rechts und des Vertrags. Bei guter Rechtsberatung sollte die Praxis der Gerichte des auf die Rechtswahl abgestimmten Forums bereits bei

²⁰² *Cordero-Moss*, International Commercial Contracts (2014), S. 57.

²⁰³ Ebenso *Mankowski*, RIW 2003, 2, 3; *O'Hara / Ribstein*, The Law Market (2009), Policy Arguments, S. 19, 28; bezüglich der Bedeutung der Stabilität für Unternehmen bei der Rechtswahl: *Born*, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13.04 [A], S. 258.

²⁰⁴ *O'Hara / Ribstein*, The Law Market (2009), Policy Arguments, S. 19, 28.

²⁰⁵ *Mankowski*, RIW 2003, 2, 3.

²⁰⁶ *Mankowski*, RIW 2003, 2, 3.

²⁰⁷ *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 60.

²⁰⁸ *Born*, International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl. 2016, § 13, S. 239.

²⁰⁹ Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 19, S. 17. „When choosing a governing contract law for cross-border transactions, to what extent do you take into account the following factors?“. Die Antworten der befragten Unternehmen zeigten „Korruption“ („corruption“) als drittichtigsten Faktor nach dem „Vertragsrecht“ („contract law“ [1.]) und „Gerechtigkeit des Ausgangs der Entscheidungen“ („fairness of the outcomes“ [2.]).

²¹⁰ *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 84.

der Rechtswahl im Stadium der Vertragsverhandlungen berücksichtigt werden.²¹¹ Die Wahl des materiell anwendbaren Rechts und die Wahl des Forums sind eng miteinander verknüpft und oft stimmen die Parteien diese ab.²¹² Die Koordination der Wahl des anwendbaren Rechts und des Forums stellt eine ökonomisch rationale Entscheidung der Parteien dar. Es ist effizient, diese beiden Wahlen abzugleichen, da dies Kosten und Zeit in der Streitbeilegung einspart.²¹³ Dieser Zusammenhang wird weiter untersucht in nachstehendem Abschnitt D.II.

11. Großer Finanz-, Versicherungs- und Rückversicherungssektor

Ein großer Finanz-, Versicherungs- und Rückversicherungssektor bildet einen weiteren Anreizfaktor für die Wahl eines Vertragsrechts einer Rechtsordnung. Viele internationale Handelsverträge unterliegen insbesondere im Finanz- und Rückversicherungssektor dem englischen Recht.²¹⁴ England besitzt einen im Verhältnis zu anderen europäischen Staaten größeren Finanzsektor.²¹⁵ Mit dieser wirtschaftlichen Bedeutung lockt England Verträge aus dem Finanzsektor in das englische Recht und in die englischen Gerichte.²¹⁶ Neben dem New Yorker Recht ist es das englische Recht und sind es die englischen Gerichte, die häufig in internationalen Verträgen des Finanzsektors verwendet werden.²¹⁷ Ein wesentlicher Fokus des *London Commercial Court* ist auf finanzrechtliche Streitigkeiten ausgerichtet.²¹⁸ Die englischen Gerichte spezialisieren sich weiter auf Streitbeilegung im Finanzsektor und haben hierzu spezialisierte Kammern bestimmt.²¹⁹

²¹¹ *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 84.

²¹² *Coester*, Comment on Vogenauer, 285, 286 in: Eidenmüller (Editor), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013); *Fentiman*, *International commercial litigation* (2015), Rn. 5.77, 7.16.

²¹³ *Fentiman*, *International commercial litigation* (2015), Rn. 5.77, 7.15 f.

²¹⁴ *Fentiman*, *International commercial litigation* (2015), Rn. 1.16; *Dicey, Morris and Collins*, *The Conflict of Laws*, 15. Aufl. 2012, Rn. 32-044 insbesondere mit Verweis auf die im englischen Recht entwickelten *standard commercial contracts* in Verträgen aus dem maritimen Bereich und dem Versicherungsrecht.

²¹⁵ *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 60.

²¹⁶ *Fondation pour le droit continental*, „Choisir son droit – Conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux“ (2012), S. 181.

²¹⁷ *Sir William Blair*, „Contemporary Trends in the Resolution of International Commercial and Financial Disputes“, Durham University, ICCL Lecture 2016, S. 13.

²¹⁸ *Hess*, *The Justice Initiative Frankfurt am Main 2017*, 31.3.2017, <<http://conflict.oflaws.net/2017/the-justice-initiative-frankfurt-am-main-2017-law-made-in-frankfurt/>>.

²¹⁹ Eine „Financial List“ wurde im Oktober 2015 eingeführt für Fälle, mit Ansprüchen von über £ 50 Millionen, für Fällen, die besondere Expertise im Finanzsektor erfordern oder für solche Fälle, die von grundsätzlicher Bedeutung für den Finanzmarkt sind. *Sir William Blair*, „Contemporary Trends in the Resolution of International Commercial and Financial Disputes“, Durham University, ICCL Lecture 2016, S. 13.

Darüber hinaus haben im Versicherungssektor viele nicht-englische Parteien englische Versicherer, für die das englische Recht und die Londoner Gerichte eine lokale, ortsansässige Wahl in Verträgen darstellt.²²⁰ All dies kreiert einen Zufluss für die Wahl des englischen Rechts und des englischen Forums. Somit sind ein großer Finanz-, Versicherungs-, und Rückversicherungssektor ein weiterer Anreizfaktor für die unternehmerische Rechtswahl.

Dies spiegelt sich auch in den Daten der *BIICL Survey* (2015) wider, in der die Umfrageteilnehmer eine Frage bezüglich des Vereinbarens/Empfehlens einer Rechtswahlklausel zugunsten des englischen Rechts kommentiert haben. Die Befragten merkten an, dass Wirtschaftszweige, in denen das englische Recht vielfach genutzt wird, die Bereiche der Seeversicherung, Schifffahrt, Finanzierung, Handel, Baurecht, Energie, Arbeitsrecht, Bankrecht, Aktien und Schuldverschreibungen und Pensionen sind,²²¹ womit der Zusammenhang zwischen Wirtschaftszweigen und einer speziellen materiellen Vertragswahl untermauert wird. Die „Geeignetheit für die Vertragsart“ („appropriateness for type of contract“) wurde auch als zweitwichtigster Beeinflussungsfaktor durch die Unternehmen für ihre Wahl des materiell anwendbaren Rechts in der *Queen Mary Survey* (2010) bewertet.²²²

Zudem stützen Fallzahlen vor den *London Commercial Courts* den Zusammenhang zwischen bestimmten Wirtschaftszweigen und der Rechtswahl. Unter den 258 gehörten Verfahren in den *London Commercial Courts* zwischen März 2018 und März 2019 waren 15,9 % aus dem Verfahrenstyp „Finanzierung“ („finance“).²²³ In den 158 Fällen, die zwischen März 2017 bis April 2018 vor den *London Commercial Courts* gehört wurden, waren Streitigkeiten aus dem Sektor „Bankrecht“ („banking“) und „Finanzierungsdienstleistungen“ („finance services“) die meistvertretensten Bereiche.²²⁴ Unter den Verfahren vor dem *London Commercial Court* aus dem Jahr 2015 betrafen 69,26 % Ansprüche im Bereich des Bankwesens und Finanzen, Rohstoffe, Schifffahrt, seehandelsrechtliche Streitigkeiten, Versicherungen und Rückversicherungen.²²⁵

²²⁰ Hinsichtlich der Gerichte siehe auch: *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 1.16.

²²¹ „Marine insurance, shipping, finance, trade, construction, energy, employment, banking, shares & debts issues and pensions“. *BIICL Survey* (2015), S. 13 (mit Verweis auf Q15, S. 48 der *BIICL Survey*).

²²² „Top influences on the choice of the law governing the substance of the dispute“, *Queen Mary Survey* (2010), Chart 8, S. 12.

²²³ *Portland Commercial Courts Report* 2019, S. 3.

²²⁴ *Portland Commercial Courts Report* 2018, S. 1.

²²⁵ *Sir William Blair*, „Contemporary Trends in the Resolution of International Commercial and Financial Disputes“, *Durham University, ICCL Lecture* 2016, S. 7.

12. Zwischenergebnis: Fülle an Anreizfaktoren für die unternehmerische Rechtswahl

Allein die Fülle der hier dargestellten verschiedenen Anreizfaktoren verdeutlicht bereits: Das AGB-Recht ist jedenfalls nicht der einzige Anreizfaktor, der Unternehmen bei ihrer Wahl einer Rechtsordnung beeinflusst. Es besteht ein komplexes Bündel an Einflussfaktoren, die gemeinsam der unternehmerischen Entscheidung – bewusst oder unbewusst – zugrunde liegen. Den Eindruck, den die Argumentationen mancher Reformdiskutanten hinterlassen,²²⁶ verzerrt das Bild diesbezüglicher „alleiniger Ursächlichkeit“ des deutschen AGB-Rechts als abstoßende Kraft. Somit müsste für die Annahme eines Reformbedarfs des deutschen AGB-Rechts aus Gründen einer befürchteten Rechtsflucht neben dem Einfluss des AGB-Rechts auf eine Rechtsflucht auch noch dessen ausschlaggebende Wirkung bewiesen werden.

C. Maßgeblichkeit des AGB-Rechts unter den Faktoren

Welche Gewichtung und tatsächliche Beeinflussungsstärke die einzelnen Anreizfaktoren bei der Rechtswahl durch Unternehmen haben, ist eine komplexe Frage nach der Rechtstatsächlichkeit, die nicht beantwortet werden kann. Bei einem so breit gefächerten Nachfragerfeld an Unternehmen ist die Angabe einer klaren Reihenfolge der Präferenzen nicht möglich. Die Nachfrager und deren Entscheidungsfindung sind zu individuell. Teilweise erfolgt die Rechtswahlentscheidung unterbewusst oder ist in den einzelnen kaufmännischen Branchen historisch gewachsen. Jedoch liefern die bereits in Buchst. B herangezogenen empirischen Daten der Umfragen an Unternehmen und Schiedsexperten weitere Anhaltspunkte dafür, dass neben dem AGB-Recht nicht nur andere Faktoren eine Rolle bei der unternehmerischen Rechtswahl spielen, sondern, dass diese auch ein gewisses Gewicht bei der unternehmerischen Entscheidungsfindung haben. Die Studien liefern interessante und im Ergebnis tatsächlich ähnliche Daten. Keine der Studien vermag dabei eine ausschlaggebende Ursächlichkeit des AGB-Rechts bei der Rechtswahl zu belegen.²²⁷

²²⁶ Berger, NJW 2010, 465, 470; Hobeck, SchiedsVZ 2005, 108, 112; Kondring, RIW 2012, H. 11, I; Lischek / Mahnken, ZIP 2007, 158, 163; Brachert / Dietzel ZGS 2005, 441; Richter, Allgemeine Geschäftsbedingungen im B2B-Verkehr in Deutschland, der Schweiz und England, Diss. 2014, S. 2 f.

²²⁷ Teilweise bereits Ausführungen zur Hinterfragung der Kausalität des AGB-Rechts für eine Rechtsflucht durch Verfasserin anlässlich neuer empirischer Daten im Jahr 2018 in: Sommerfeld, RIW 2018, 741 ff.

I. Überblick über ältere Studien

Relevante Informationen liefern unter anderem die *Queen Mary Survey* (2010),²²⁸ die *Oxford Civil Justice Survey* (2008),²²⁹ die *Kieninger-Studie* der Vertragshandbücher (2002)²³⁰ und die *Voigt-Studie* zu Schiedsfällen bei dem International Court of Arbitration (ICA)^{231, 232}. Bei der Betrachtung der verschiedenen Studien könnte man meinen, dass die empirischen Daten Erkenntnisse über eine eventuelle Kausalität des AGB-Rechts für die Rechtswahl liefern könnten. Tatsache ist jedoch, dass in keiner der zugänglichen Studien das AGB-Recht sich als der entscheidende Faktor oder gar ein Faktor mit gewichtiger Bedeutung für die Rechtswahl der Unternehmen herausgestellt hatte.²³³ Die Analyse der Studien lässt feststellen, dass es eben zumindest nicht ausschlaggebend auf die Qualität des materiellen Rechts bei der Rechtswahl ankommt. Ganz andere Faktoren spielen eine maßgeblichere Rolle bei dieser Wahl der Parteien.²³⁴ Entscheidende Faktoren sind unter anderem die Vertrautheit mit einem Rechtssystem im Zusammenspiel mit zugrundeliegenden Netzwerkeffekten.²³⁵ Weitere hochgewichtige Faktoren

²²⁸ Queen Mary Survey (2010). Ausführlicher zur Studie, s.o.: Kapitel 3 – B.I.3.

²²⁹ Oxford Survey „Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law“ (2008), abrufbar unter: <https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2013/12/oxford_civil_justice_survey_-_summary_of_results_final.pdf>. Ausführlicher zur Studie, s.o.: Kapitel 3 – B.I.1.

²³⁰ *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 287–300.

²³¹ *Voigt*, Journal of Empirical Legal Studies 2008, 1, 7–18 als eine Auswertung der Schiedsfälle, die bei der ICC eingegangen sind und in dem Statistischen Bericht (2003) der ICA zugänglich waren.

²³² Ausführliche und überzeugende Analyse dieser Studien bei *Vogenauer*, ERPL 2013, 13.

²³³ Bspw.: (1) Queen Mary Survey (2010), Frage 8: Top influences on the choice of the law governing the substance of the dispute? AGB-Recht nur an 5. Stelle und nach Neutralität des Rechtssystems, Geeignetheit des Rechts für den Vertragstyp, Vertrautheit und Erfahrungen mit Rechtssystem, Rechtswahl des Vertragspartners (Frage an „General Counsel“). (2) Oxford Survey (2008), Q 21: If the answer to Question 20 was ‘yes’: Do you tend to avoid these contract laws because of... – Hier ist „contract law“ generell, nicht AGB-Recht, an 4. Stelle. Vorher sind bereits „predictability of outcome“, „corruption“, „fairness of outcomes“ (an 100 europäischen Unternehmen durchgeführt). (3) *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 287 ff., insb. 292, 308, 310. (4) *Voigt*, Journal of Empirical Legal Studies 2008, 1, 16 ff. – anders als man erwarten könnte, wurden nicht die objektiv rationalen bzw. vorteilhafteren Rechtsordnungen gewählt, sondern die der Heimatjurisdiktion oder das Recht der Schweiz.

²³⁴ Siehe hierzu Auflistung der Anreizfaktoren unter Kapitel 3 – B.II.

²³⁵ Vgl. herausgearbeitete Anreizfaktoren unter Kapitel 3 – B.II und zugrundeliegende Mechanismen sogleich in Kapitel 3 – D. Zum selben Ergebnis gelangt auch *Vogenauer*, ERPL 2013, 13 ff. in seiner ausführlichen Analyse. Ebenso *Mankowski*, RIW 2003, 2, 3;

sind unter anderem Sprache, Neutralität und Gewohnheit bei der Wahl einer neutralen Rechtsordnung.²³⁶

II. Oxford Civil Justice Survey (2008)

Die *Oxford Civil Justice Survey* (2008) stützt einerseits die These, dass das AGB-Recht nicht der Hauptgrund als abstoßende Kraft gegen eine Rechtsordnung ist und andererseits, dass speziell das deutsche Recht nicht die wesentliche Rechtsordnung ist, die vermieden wird im Vertragsrecht. Die Studie gibt dabei mit zwei Fragen²³⁷ zu den Gründen für und gegen eine Rechtswahl interessante Einblicke für die Anreizfaktoren. Sie wurde an 100 europäischen Unternehmen durchgeführt, bei denen der Fokus der Unternehmen aus acht Mitgliedstaaten stammt (Frankreich, Deutschland, Italien, Niederlande, Polen, Spanien, Vereinigtes Königreich und Belgien), mit wenigen Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten.²³⁸

Die Daten bestärken die Annahme, dass das AGB-Recht nicht der wesentliche Faktor ist, der Unternehmen von der Rechtswahl einer bestimmten Rechtsordnung abhält. So ergibt eine Frage hinsichtlich der Anreizfaktoren, dass die Unternehmen „Vertragsrecht“ („contract law“) an erster Stelle angeben, dicht gefolgt von der „Gerechtigkeit der Ergebnisse“ („fairness of the outcomes“), „Korruption“ („corruption“) und einer „Vorhersehbarkeit der Ergebnisse“ („predictability of the outcomes“).²³⁹ Bei der entgegengesetzten Frage, welche Faktoren eine abstoßende Wirkung gegen eine Rechtsordnung haben, ist „Vorhersehbarkeit der Ergebnisse“ („predictability of the outcomes“) an erster Stelle.²⁴⁰ Es folgen auf Platz zwei und drei „Korruption“ und „Gerechtigkeit der Ergebnisse“ und erst an vierter Stelle das „Vertragsrecht“.²⁴¹ Demnach scheint das materielle Recht zwar ein Anreizfaktor zu sein, jedoch ist es in seiner abstoßenden Wirkung weniger entscheidend.

Zweiter interessanter Aspekt, den die Studie im Zusammenhang mit den Fragen zu negativen und positiven Anreizfaktoren erlaubt, ist, ob bestimmtes Vertragsrecht einer Rechtsordnung vermieden wird und welche Rechtsordnungen hinsichtlich ihres Vertragsrechts vermieden werden. 72 % der Befrag-

ders. weist in FS Schäfer 2008, S. 369, 371 auf diesen „materiellrechtlichen Heimspielfaktor“ oder Vorteil des vertrauten Rechts hin.

²³⁶ Vgl. Anreizfaktoren unter Kapitel 3 – B.II und zugrundeliegende Mechanismen so- gleich in Kapitel 3 – D. Vgl. ebenso in ihrem Fazit ausdrücklich *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 308.

²³⁷ Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 19, S. 17 und Frage 21, S. 20.

²³⁸ Oxford Civil Justice Survey (2008), S. 1.

²³⁹ Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 19, S. 17.

²⁴⁰ Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 21, S. 20.

²⁴¹ Als Abstoßfaktor hat „Contract Law“ eine Bewertung von nur 3,92 (auf einer Skala von 0–5), während es als Anreizfaktor eine Bewertung von 4,47 (Skala von 0–5) hatte.

ten gaben an, dass es für sie in grenzüberschreitenden Verträgen Vertragsrechte gibt, die sie vermeiden.²⁴² Unter den vermiedenen Rechtsordnungen führt das U.S.-amerikanische Recht (21 %), gefolgt von dem Recht islamischer Länder (13 %). Das englische Recht wird mit 8 % vermieden und das deutsche Recht taucht erst an zehnter Stelle mit nur 3 % auf. Dies wiederum gibt ein Indiz dafür, dass es zwar Gründe gibt, dass Unternehmen ausländische Rechtsordnungen wählen, insbesondere die der Schweiz und Englands, jedoch dies aus gewissen Anreizgründen erfolgt. Die geringe abstoßende Kraft des deutschen Rechts scheint weniger Gründe zu haben und diese liegen insbesondere nicht an erster Stelle beziehungsweise überwiegend am deutschen Vertragsrecht.

III. *Queen Mary School of International Arbitration: Choices in International Arbitration (2010)*

Auch die *Queen Mary Survey (2010)* stützt die Annahme, dass andere Faktoren als das AGB-Recht ausschlaggebender bei der Rechtswahl in Verträgen sind. In der Studie der *Queen Mary University of London* wurden die Antworten von 203 weltweiten Unternehmen ausgewertet.²⁴³ Darunter befanden sich 136 ausgefüllte Online-Fragebögen und 67 ausgeführte Interviews mit Fragen zu Wahlen im Schiedsverfahren. Frage 8 der *Queen Mary Survey (2010)* fragt die Unternehmen nach den auf sie maßgeblich wirkenden Einflüsse bei der Wahl des materiellrechtlich anwendbaren Rechts einer Streitigkeit.²⁴⁴ In den Antwortmöglichkeiten befand sich auch spezifisch das AGB-Recht („corporate policy, standard terms and conditions“). Dieses wurde von den Unternehmen insgesamt jedoch nur als fünftwichtigster Grund aufgeführt. Als entscheidender nannten die Unternehmen für ihre Rechtswahl die Neutralität des Rechtssystems, die Geeignetheit des Rechts für den Vertragstyp, die Vertrautheit und die Erfahrungen mit dem Rechtssystem und die Rechtswahl des Vertragspartners.

IV. *Forschungsprojekt im Auftrag des BMJV (Leuschner-Studie 2014)*

Die aktuellere *Leuschner-Studie (2014)* mit Bericht aus September 2014 erlaubt einen sehr detaillierten Einblick in die unternehmerischen Entscheidungen von 1.220 deutschen Unternehmen und die Eindrücke von 193 Schiedsexperten.²⁴⁵ Drei Fragen der Umfrage, die auf die Kausalität des

²⁴² Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 20.1, S. 18.

²⁴³ Queen Mary Survey (2010), Infos zur Studie S. 2 und S. 34.

²⁴⁴ Queen Mary Survey (2010), Frage 8, S. 12: „Top influences on the choice of the law governing the substance of the dispute?“

²⁴⁵ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 5–7.

AGB-Rechts für eine Rechtsflucht abzielen, sind für vorliegende Hinterfragung der Ursächlichkeit des AGB-Rechts für eine Rechtsflucht relevant. Die Daten ergeben keine eindeutigen Ergebnisse. Diese drei Kausalitätsfragen der Studie werden nachfolgend in Kürze näher beleuchtet.

1. Frage der Leuschner-Studie (2014) an Schiedsrechtsexperten zur Kausalität

In einem Teil der Studie wurden Experten der Schiedsgerichtsbarkeit befragt. Der in über tausendfacher Form an Schiedsexperten versendete Fragebogen kam mit einem Rücklauf von 193 vollständig ausgefüllten Fragebögen zurück.²⁴⁶ Die Experten der Schiedsgerichtsbarkeit wurden befragt, ob „Die §§ 305 ff. BGB [...] die Parteien bei grenzüberschreitenden Verträgen davon ab[-]hielten], als materielles Recht deutsches Recht zu wählen.“²⁴⁷ Die Antworten waren durchwachsen und breit gestreut.²⁴⁸ Unter den Schiedsrechtsexperten antworteten 4,7 %, dass dies „überhaupt nicht zutreffe“ und daneben 12,1 %, dass dies „eher nicht zutreffe“. Weitere 13,7 % konnten die Frage nicht beurteilen und 14,2 % antworteten auf diese Frage mit „teils-teils“. Eher für einen Zusammenhang zwischen AGB-Recht und Rechtsflucht sprechen die 28,4 % der Schiedsrechtsexperten, die deutsches AGB-Recht für „kausal“ für eine Rechtsflucht hielten und die 26,8 %, die es für „eher kausal“ hielten. Dies ergibt in der Summe über die Hälfte der Antworten (55,2 %). Wobei hier einerseits die weniger klaren Antworten von „eher kausal“ reingerechnet wurden und zudem das restliche Antwortfeld verstreut ist. Hierbei ist zudem zu bedenken, dass die Schiedsrichter teilweise niedrige Fallzahlen von Schiedsverfahren hatten.²⁴⁹ Die Zahlen stellen ein Meinungsbild einer kleinen Befragtengruppe dar, von deren Antworten man nur erste Indizien über den Zustand in einem großen Wirtschaftsfeld ziehen kann. Zudem könnte eine *response bias* unter den Schiedsrichtern bestehen. So können durch die Auswahl der Befragten (*selection bias*) sowie die Schnittmenge unter diesen, die überhaupt den zugesendeten Umfragebogen ausgefüllt und abgesendet haben (*response* bzw.

²⁴⁶ Leuschner / Meyer, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 5 f. Es ergab sich eine erhebliche Streuung der Schiedserfahrung der Befragten: ein kleiner Teil der Befragten (54 Befragte/28 %) hatte eine durchschnittliche Schiedserfahrung von 25 Verfahren hatte, während der Großteil der Befragten (136 Befragte/72 %) lediglich bei einem Durchschnitt von 6,5 Verfahren lag.

²⁴⁷ Leuschner / Meyer, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 301, Frage 14 der Umfrage 1.

²⁴⁸ Leuschner / Meyer, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 210, Antwort zu Frage 14 der Umfrage 1.

²⁴⁹ Fallzahlen von 0–19 Verfahren bei 136 der Befragten und zwischen 20–87 bei 54 der Befragten in den letzten fünf Jahren, Leuschner / Meyer, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 194, Ergebnisse zu Frage 1 der Umfrage 1.

nonresponse bias), verschiedene Ergebnisverzerrungen bei durch Umfragen erhobenen empirischen Daten entstehen.²⁵⁰ Eine *response bias* könnte insofern bestehen, als einerseits eher schiedsrechtsgeneigte Befragte überhaupt die Fragebögen der Umfrage ausgefüllt zurückgesendet haben. Außerdem könnten auch diejenigen, die geantwortet haben mit dem Bedürfnis, das Schiedsrecht zu bestärken, den Fragebogen ausgefüllt haben. Das Ergebnis der Frage an die Schiedsexperten zeigt zwar eine leichte Befürwortung einer Kausalität zumindest in knapp über der Hälfte der Antworten, jedoch verbleiben die restlichen Antworten verstreut. Die Studie belegt aufgrund der angebrachten Bedenken weder eine klare Kausalität noch klar keine Kausalität des AGB-Rechts für Rechtsfluchten vor dem deutschen Recht.

2. Fragen der Leuschner-Studie (2014) an Unternehmensmitarbeiter zu Rechtswahlklauseln

Die Antworten auf zwei Fragen der *Leuschner-Studie* (2014) bezüglich Rechtswahlklauseln an Unternehmensmitarbeiter begründen dagegen tiefere Zweifel hinsichtlich einer Kausalität. Die Umfrage an Unternehmensmitarbeiter beinhaltet zwei Fragen zum Zusammenhang zwischen einer Auslandsrechtswahl und dem deutschen AGB-Recht.²⁵¹ Eine Frage betrifft inländische, die zweite internationale Verträge.

Die Umfrage mit dem aus 54 Fragen bestehenden Fragebogen an Unternehmensmitarbeiter wurde 30.000-fach versandt. Davon kamen 1.220 vollständig ausgefüllte Fragebögen aus 18 von 21 Wirtschaftszweigen²⁵² zurück.²⁵³ Unter den Befragten sind Unternehmen sämtlicher Größenkategorien vertreten. Darunter befanden sich 413 Kleinunternehmen, 373 mittlere Unternehmen und 210 Großunternehmen.²⁵⁴ Die Unternehmensschwellenwerte richteten sich nach den Definitionen des Instituts für Mittelstandsforschung (IfM) in Bonn, das sich hinsichtlich der Definition anhand der EU-Kommissionsempfehlung ausgerichtet hat, die empfiehlt, die Mitarbeiterzahl als

²⁵⁰ *Tourangeau*, Experimental Design Considerations for testing and Evaluating Questionnaires, in: *Methods for Testing and Evaluating Survey Questionnaires*, 2004, S. 209, 215.

²⁵¹ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 324–325, Frage 30 und 31 der Umfrage 2.

²⁵² Nach der statistischen Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft (NACE), abrufbar unter: <https://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Service/Meldewesen/Bankenstatistik/Kundensystematik/nace_rev_2.pdf?__blob=publicationFile> (zuletzt verfügbar am: 20.8.2020).

²⁵³ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 7.

²⁵⁴ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 7.

zentrales Kriterium zu nehmen.²⁵⁵ Um die Ergebnisse der Umfrage noch differenzierter darzustellen, wurde eine zusätzliche Unterteilung in der Ergebnisdarstellung hinzugefügt, sodass die Großunternehmen in „einfache Großunternehmen“ (501–2.000 Mitarbeiter, 95 der Befragten) und „große Großunternehmen“ (über 2.000 Mitarbeiter, 115 der Befragten) unterteilt wurden.²⁵⁶

a) Rechtsflucht bei inländischen Vertragsschlüssen aufgrund des deutschen AGB-Rechts?

Auf die Frage, „Wählen Sie bei inländischen Vertragsschlüssen ausländisches Recht (als materiell anwendbares Recht), um die Anwendung der deutschen Vorschriften zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vermeiden?“ antworteten 74,76 % mit einem „nie“.²⁵⁷ Weitere 5,20 % beantworteten die Frage mit einem „selten“ und zusätzliche 15,89 % konnten die Frage nicht beurteilen. Zusammengerechnet nur 4,11 % der Befragten antworteten auf die Frage eher positiv. Unter diesen positiven Antworten erhielt mit absteigender Tendenz „gelegentlich“ 2,21 %, „meistens“ 1,20 %, und „immer“ niedrige 0,70 %. Selbst wenn man nur die Antworten der Großunternehmen bei diesen Verträgen beachtet, so bleibt hier die Quote des „nie“, als Antwort auf die Frage nach einer Rechtsflucht, um die §§ 305 ff. BGB zu vermeiden, bei 64,2 % und zusätzlich 14,6 % mit einem „selten“. Es erscheint fraglich, ob sich hieraus eine Unterstützung einer Kausalität des AGB-Rechts für eine Rechtsflucht ableiten lässt. Selbst wenn man die Antworten „selten“ (5,20 %), „gelegentlich“ (2,21 %), „meistens“ (1,20 %) und „immer“ (0,70 %) zusammenrechnet, erhält man in der Summe 9,31 % der Unternehmen, die in inländischen Vertragsschlüssen überhaupt erwägen würden, ausländisches Recht zu wählen, um der deutschen AGB-Kontrolle zu entkommen. Diese Daten begründen Zweifel daran, dass eine Rechtsflucht aufgrund des deutschen AGB-Rechts in inländischen Verträgen ein Massenphänomen wäre.

Gleichzeitig zeigen die Daten jedoch auch: In sehr geringer Zahl scheint in der Praxis eine Rechtsflucht aufgrund des AGB-Rechts möglich oder zumindest nicht auszuschließen zu sein. In inländischen Vertragsabschlüssen ist diese Zahl jedoch sehr niedrig den empirischen Daten zufolge. Würde man

²⁵⁵ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 7, Fn. 18; Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2003) 1422), 2003/361/EG, Definition per Mitarbeiterzahlen im Art. 2 des Anhangs. Dokument abrufbar unter: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003H0361&from=DE>>.

²⁵⁶ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 7.

²⁵⁷ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 278, Ergebnisse zu Frage 30 der Umfrage 2.

die 4,11 % der Unternehmen der *Leuschner-Studie* (2014), die eher positiv auf die Frage antworteten, ob sie eine Auslandsrechtswahl in Inlandsverträgen treffen würden, um den deutschen AGB-Vorschriften zu entkommen, beachten, würde dies sich wie folgt auswirken: Würden die Unternehmen jeweils mit anderen, nicht befragten Unternehmen ihre Transaktionen durchführen, so wären von den 1.220 Verträgen maximal in 8,54 Verträgen (0,70 %) „immer“ ein Ausweichen zu vermuten, in 14,64 Verträgen (1,20 %) „meistens“ ein Ausweichen zu vermuten und in 26,962 Verträgen (2,21 %) „gelegentlich“ ein Ausweichen zu vermuten. In 63,44 Verträgen (5,20 %) wäre „selten“ ein Ausweichen zu erwarten. Somit bestände überhaupt ein Risiko der Rechtsflucht den Daten der 1.220 Unternehmen zufolge in 113,582 Verträgen. Dies sind die Gesamtumfragedaten aller befragten Unternehmen der *Leuschner-Studie* (2014).

Differenziert man bei den Antworten auf die Frage bezüglich der Rechtsflucht vor dem deutschen Recht in rein inländischen Verträgen aufgrund der §§ 305 ff. BGB, heben sich die großen Großunternehmen leicht in ihrer Abneigung gegenüber einer Rechtsflucht in rein inländischen Verträgen als die übrigen Unternehmen ab („nur“ 64,2 % antworteten „nie“, während sich bei allen anderen Unternehmensgrößen diese Antworten zwischen 74,2–78,1 % bewegten).²⁵⁸ Großunternehmen haben eine leicht mildere Abneigung gegen eine Rechtsflucht in rein deutschen inländischen Verträgen wegen der §§ 305 ff. BGB, als die übrigen Unternehmen der *Leuschner-Studie* (2014). Eine klare Tendenz anhand der Unternehmensgröße ist jedoch nicht erkennbar.²⁵⁹ Betrachtet man nur die Verträge der großen Großunternehmen, da diese in der Regel höhere Vertragsvolumina umfassen und mithin für den Staat interessanter sein könnten, diese innerhalb der eigenen Rechtsordnung zu halten, wären es maximal 26,1 % der Verträge – darunter bereits die Antworten mit „selten“ (14,6 %) eingerechnet – die überhaupt einem Risiko der Rechtsflucht unterlägen.²⁶⁰

Somit begründen die Daten der *Leuschner-Studie* (2014) Zweifel daran, dass eine Rechtsflucht aufgrund des deutschen AGB-Rechts in inländischen Verträgen ein Massenphänomen wäre. Gleichfalls zeigen sie, dass eine Rechtsflucht in wenigen Fällen aufgrund des AGB-Rechts erfolgen könnte.

²⁵⁸ Die Antworten „nie“ waren bei Kleinstunternehmen 74,2 %, bei kleinen Unternehmen 74,3 %, bei mittleren Unternehmen 78,1 %, bei einfachen Großunternehmen bei 77,8 % und bei großen Großunternehmen bei 64,2 %. *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 278, Antworten zu Frage 30 der Umfrage 2.

²⁵⁹ Siehe Prozentangaben in voriger Fn.

²⁶⁰ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 278, Antworten zu Frage 30 der Umfrage 2.

b) *Rechtsflucht in grenzüberschreitenden Verträgen aufgrund des deutschen AGB-Rechts?*

Dieselbe Frage bezüglich eines Ablehnens des deutschen Rechts aufgrund der deutschen AGB-Kontrolle wurde den befragten deutschen Unternehmen hinsichtlich Vertragsschlüssen mit ausländischen Vertragspartnern gestellt. Die Frage lautete:

„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?“²⁶¹

Es wurde also nach der Kausalität des deutschen AGB-Rechts für eine Rechtsflucht in grenzüberschreitenden, internationalen Verträgen auf Veranlassung des ausländischen Vertragspartners gegenüber dem deutschen Vertragspartner gefragt. Die Antworten der Unternehmen verblieben ebenfalls mit 40,5 % („nie“) bei keiner Kausalitätsunterstützung und zusätzlichen 15,3 % („selten“) bei Zweifeln an einer hohen Kausalität.²⁶² Neben diesen gaben nur 16,9 % an, sie würden ausweichen. Davon sind jedoch nur 1,8 % der Antworten ein „immer“, 4,4 % ein „meistens“ und 10,7 % ein „gelegentlich“. 27,4 % der Befragten konnten diese Frage nicht beurteilen. Auch diese Ergebnisse stützen nicht die Annahme, dass eine AGB-Reform einen deutlichen und plötzlichen Zuwachs der Rechtswahl des deutschen Rechts und des Rechtsstandorts Deutschlands für unternehmerische Verträge auslösen würde. Jedoch ist bei grenzüberschreitenden Verträgen, bei denen ein deutsches Unternehmen beteiligt ist, das Rechtsfluchtrisiko aufgrund des AGB-Rechts schon höher als bei rein deutschen, inländischen Vertragsschlüssen. In solchen internationalen Verträgen würden von 1.220 Verträgen die Unternehmen in 20,16 Verträgen (1,8 %) „immer“ ausweichen, in 49,28 Verträgen (4,4 %) „meistens“ ausweichen, in 119,84 Verträgen (10,7 %) „gelegentlich“ und in 171,36 Verträgen (15,3 %) würden die Unternehmen „selten“ ausweichen.²⁶³ Nimmt man eine Differenzierung bei den Antworten anhand der Unternehmensgrößen vor, zeigt sich, dass eine Ablehnung des deutschen Rechts (als materielles Recht) durch den ausländischen Vertragspartner gegenüber dem deutschen Unternehmen unter Hinweis auf das deutsche AGB-Recht häufiger vorkommt, je größer das Unternehmen ist.²⁶⁴

²⁶¹ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 279, Antworten zu Frage 31 der Umfrage 2.

²⁶² *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 279, Antworten zu Frage 31 der Umfrage 2.

²⁶³ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 279, Antworten zu Frage 31 der Umfrage 2.

²⁶⁴ Vgl. Einteilung der Ergebnisangaben nach Unternehmensgrößen in: *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 279, Antworten zu Frage 31 der Umfrage 2. Bspw. Antworten der Unternehmen auf

Die Daten zu dieser Frage der *Leuschner-Studie* (2014) bezüglich der Ablehnung des deutschen Rechts aufgrund der §§ 305 ff. BGB in grenzüberschreitenden Verträgen zeigen somit, dass ein Rechtsfluchtrisiko bei internationalen Verträgen höher ist als in rein inländischen Verträgen. Es besteht zwar kein großes, aber dennoch in manchen Fällen ein Rechtsfluchtrisiko. Dabei lassen die Daten erkennen, dass je größer die Unternehmen sind, desto größer dabei das Rechtsfluchtrisiko ist.

3. Fazit zur *Leuschner-Studie* (2014)

Die Umfrageergebnisse der Schiedsexperten vermögen weder eine klare Unterstützung einer Ursächlichkeit noch keiner Ursächlichkeit des AGB-Rechts für Rechtsfluchten zu bieten. Die Antworten sind zu verstreut. Daneben begründen die Umfrageergebnisse der Unternehmer deutlich mehr Zweifel gegenüber der Annahme einer ausschlaggebenden Kausalität. Dabei ist die Unternehmensmitarbeitergruppe letztlich die entscheidende Untersuchungsgruppe unter den Befragten. Diese wären schließlich die „Konsumenten“, die letztlich die Wahl des auf ihren Vertrag anwendbaren materiellen Rechts wählen würden. Die Studie zeigt zwar, dass Rechtsfluchten aufgrund des AGB-Rechts möglich sind, jedoch in geringem Maße erfolgen und erst recht in geringerem Maße in reinen Inlandssachverhalten erfolgen. Die Studie begründet folglich Zweifel daran, dass eine Rechtsflucht aufgrund des deutschen AGB-Rechts ein Massenphänomen sei. Außerdem zeigen die Daten, dass das Risiko einer Rechtsflucht tendenziell höher ist, je größer das Unternehmen ist. Selbstverständlich gilt auch hier, dass Umfrageergebnisse nicht als wahre Tatsachen, sondern nur als Indizien herangezogen werden können. Aus den empirischen Daten der *Leuschner-Studie* (2014) lässt sich keine weitgreifende, allein ausschlaggebende Ursächlichkeit des deutschen AGB-Rechts für eine Rechtsflucht vor dem deutschen Recht nachweisen.

V. Aktuellste Studie: *Queen Mary School of International Arbitration: The Evolution of International Arbitration* (2018)

Weitere interessante Ergebnisse, die die Zweifel an einer maßgeblichen Kausalität des AGB-Rechts für Rechtsfluchten stützen, stammen aus der im Mai 2018 in London veröffentlichten *Queen Mary Survey* (2018).²⁶⁵ Die Online-Umfrage

diese Frage mit „nie“: Kleinunternehmen 46,9 %, kleine Unternehmen 41,3 %, mittlere Unternehmen 39,3 %, einfache Großunternehmen 33,3 %, große Großunternehmen 35,1 %. Gleiche Tendenzen zeigen überwiegend die Prozentanteile zu den anderen Antwortmöglichkeiten („selten“, „gelegentlich“, „meistens“, „immer“).

²⁶⁵ Umfrageergebnisse abrufbar unter: <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration.PDF>>; Umfragebogen abrufbar unter: <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-Survey-Questionnaire.pdf>>.

war für alle Akteure, die mit Schiedsrecht involviert sind, mithin Anwälte, Unternehmensjuristen, Wissenschaftler, Schiedsrichter oder Mitarbeiter von Schiedsorganisationen, geöffnet.²⁶⁶ In dem Fragebogen der *Queen Mary School* wurde u. a. nach dem bevorzugten Sitz des Schiedsgerichts gefragt.²⁶⁷ Die Antworten ergaben, dass die sieben beliebtesten Sitze für Schiedsgerichte in absteigender Reihenfolge London (64 %), Paris (53 %), Singapur (39 %), Hong Kong (28 %), Genf (26 %), New York (22 %) und Stockholm (12 %) seien.²⁶⁸ Die gestreute Verteilung auch ins europäische Ausland lässt sich damit erklären, dass nur 35 % der Befragten hauptsächlich in Europa praktizieren und arbeiten und bereits 25 % in Asien/Pazifik sowie die restlichen in Lateinamerika, Nordamerika, Afrika und im Mittleren Osten.²⁶⁹

In einer Frage der Studie, die für die Frage der Ursächlichkeit des AGB-Rechts interessant ist, wurde nach den wichtigsten Gründen für die Wahl des Sitzes des Schiedsgerichtes gefragt.²⁷⁰ Hierbei konnten unter anderem Faktoren wie „Vertrautheit mit der örtlichen Kultur“, „Sprache“, „nationales Schiedsrecht“, „Neutralität und Unbefangenheit des örtlichen Rechtssystems“ angegeben werden.²⁷¹ Zwar war das „AGB-Recht“ keine der vorgegebenen Antwortmöglichkeiten, jedoch ist dieses in „Neutralität und Unbefangenheit des örtlichen Rechtssystems“ mit inbegriffen. Als wichtigsten Grund gaben die Befragten „generelle Reputation und Anerkennung des Schiedssitzes“ an.²⁷² Diesem folgten sehr eng aufeinander die Gründe „Neutralität und Unbefangenheit des lokalen Rechtssystems“ und „nationales Schiedsrecht“.²⁷³ Auch diese Studie ist erneut im Einklang mit den älteren Studien bezüglich des Aspektes, dass das materielle Recht an sich nicht der einzige oder der ausschlaggebende Faktor für die Rechtswahl und den Rechtsstandort ist. Auch hier sind andere Faktoren wie die Reputation gleichfalls von hoher Bedeutung.

²⁶⁶ Vgl. Queen Mary Survey (2018), Fakten zu den Befragten, S. 41-42, Chart 41-44; Ankündigung auf <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>> sowie Q4 und Q5 der Umfrage (a. a. O.).

²⁶⁷ Queen Mary Survey (2018), Q14: „What are your or your organisation’s most preferred seats?“

²⁶⁸ Queen Mary Survey (2018), S. 9, Chart 6.

²⁶⁹ Queen Mary Survey (2018), S. 41, Chart 42.

²⁷⁰ Queen Mary Survey (2018), Q15: „Please indicate in the table below the four most important reasons for your preference for certain seats, ranking only those four selected reasons in order of importance.“

²⁷¹ Queen Mary Survey (2018), Antwortmöglichkeiten der Q15: Reasons i.a.: Familiarity with local culture; Language; National arbitration law; Neutrality and impartiality of the local legal system.

²⁷² Queen Mary Survey (2018), S. 11, Chart 8.

²⁷³ Queen Mary Survey (2018), S. 11, Chart 8.

Eine weitere Frage der Studie mit relevanten Ergebnissen für vorliegende Analyse forschte nach den Auswirkungen des Brexits für London als Schiedssitz²⁷⁴ sowie die Gründe hierfür.²⁷⁵ Die überwiegende Zahl der Befragten antwortete hierauf, dass der Brexit „gar keine Auswirkungen“ (55 %) haben werde.²⁷⁶ Als Gründe wurden mit gleicher Gewichtung (je 40 %) angegeben: „Das englische Rechtssystem wird weiterhin als neutral und unparteilich angesehen werden.“ und „Der auf Schiedsgerichte anwendbare legislative Rechtsrahmen und die englischen Gerichte werden weiterhin schiedsfreundlich eingestellt sein.“²⁷⁷ Mit nur 24 % an siebter Stelle tauchte der Grund auf: „Englisches materielles Recht wird weiterhin eine attraktive Wahl für internationale Verträge sein.“ Dies bestärkt ebenfalls die Annahme, dass andere Faktoren neben dem materiellen Recht die Rechtswahl der Unternehmen beeinflussen und das AGB-Recht weder der einzige noch der ausschlaggebende Faktor für eine Rechtsflucht ist. In dieser Studie wurden beispielsweise die Neutralität des Rechtssystems und dessen Ansehen, die zugrundeliegenden Mechanismen der Netzwerkeffekte und des Status-Quo für ein attraktives Rechtssystem, sowie die Schiedsfreundlichkeit eines Rechtssystems gewichtiger von den Befragten eingeschätzt beziehungsweise beachtet als das materielle Recht an sich.

VI. Fazit: AGB-Recht kein alleiniger noch ausschlaggebender Faktor in der unternehmerischen Rechtswahl

Das deutsche AGB-Recht ist entgegen der Behauptung mancher AGB-Reformbefürworter weder der ausschließliche noch der ausschlaggebende Grund für eine Rechtsflucht vor dem deutschen Recht. Zweifel an einer Ursächlichkeit streuen die Fülle an Anreizfaktoren bei der Wahl der Rechtsordnung in Verträgen (Buchst. B) und die nicht allein maßgebliche Wirkung des Faktors „AGB-Recht“ bei der unternehmerischen Rechtswahl in Verträgen (Buchst. C). Beides wird durch die Analyse der empirischen Daten gestützt.

Gleichzeitig zeigen die Daten, dass das Rechtsfluchtrisiko aufgrund des deutschen AGB-Rechts zwar sehr gering ist, vor allem in reinen deutschen Inlandssachverhalten, jedoch auch teilweise in der Praxis erfolgen könnte. So gaben sehr wenige Unternehmen in rein deutschen inländischen Verträgen an, das deutsche Recht aufgrund der §§ 305 ff. BGB zu meiden. In grenzüberschreitenden Verträgen, in denen ein Vertragspartner ein deutsches Unterneh-

²⁷⁴ Umfrage (a.a.O.), Q16: „What impact do you think Brexit will have on the use of London as a seat?“

²⁷⁵ Umfrage (a.a.O.), Q17: „What are the principal reasons for your answer (in Q16)?“, Gründe u.a. „The English legal system will continue to be perceived as neutral and impartial.“

²⁷⁶ Queen Mary Survey (2018), S. 12, Chart 9.

²⁷⁷ Queen Mary Survey (2018), S. 12, Chart 10.

men ist, ist das Rechtsfluchtrisiko aufgrund des deutschen AGB-Rechts höher. Es besteht zwar kein großes, aber dennoch in manchen Fällen ein Rechtsfluchtrisiko. Dabei zeigten die empirischen Daten, dass je größer die Unternehmen sind, desto größer dabei das Rechtsfluchtrisiko ist. Jedoch war auch in grenzüberschreitenden Verträgen die Zahl der Fälle, in denen ausschlaggebend aufgrund des AGB-Rechts vor dem deutschen Recht geflohen wurde, eher gering.

D. Zugrundeliegende Mechanismen der Rechtswahl von Unternehmen

Das Ermitteln einer Liste der Anreizfaktoren für die Rechtswahl von Unternehmen in Verträgen hat es ermöglicht, drei zugrundeliegende Mechanismen für die unternehmerische Rechtswahl in Handelsverträgen zu identifizieren. Erstens besteht ein Prozess der Entscheidungsfindung, in dem die Unternehmen zunächst die Wahl ihrer Heimatrechtsordnung bevorzugen und sodann als Alternative die Wahl eines neutralen Rechts vorschlagen. Zweitens sind die Wahl des auf den Vertrag anwendbaren Rechts und die Wahl des Forums eng miteinander verknüpft. Drittens spielen Netzwerk und Lock-in-Effekte eine wichtige Rolle. Diese Mechanismen entkräften weiter das Maß der Einflussnahme allein des AGB-Rechts auf die unternehmerische Rechtswahl und mithin die Sorge um ein Auslösen einer Rechtsflucht aufgrund des deutschen AGB-Rechts. Darüber hinaus begründen sie Zweifel an der Schnelligkeit und dem Ausmaß, die eine Reform des AGB-Rechts auf die unternehmerische Rechtswahl überhaupt haben könnte.

I. Bevorzugte Wahl der Heimatrechtsordnung, alternativ eines neutralen Rechts

Unternehmen bevorzugen in internationalen Handelstransaktionen stark das Recht ihrer Heimatrechtsordnung als anwendbares Vertragsrecht durchzusetzen und beim Misslingen dieses Durchsetzens ein neutrales Recht zu wählen. Die Reihenfolge der Bevorzugung dieser beiden Anreizfaktoren („Heimatrecht“ und alternativ dann ein „neutrales Recht“) ist ein zugrundeliegender Mechanismus, der Unternehmen bei ihrer Rechtswahl in Handelsverträgen leitet.

Vertragsparteien versuchen zunächst typischerweise das eigene Heimatrecht in Vertragsverhandlungen durchzusetzen.²⁷⁸ Bei den Vertragsverhandlungen besteht ein *home-bias* für die eigene Rechtsordnung in der Annahme, dadurch Zeit und Kosten zu ersparen.²⁷⁹ Der treibende Aspekt für die Unter-

²⁷⁸ Mankowski, RIW 2003, 2, 4; Brödermann, Hamburg Law Review 2016, 21, 24.

²⁷⁹ Brödermann, Hamburg Law Review 2016, 21, 24. Zur Zeit- und Kostenersparnis im Zusammenhang mit dem Faktor Vertrautheit s.o. ausführlich Kapitel 3 – B.II.3.

nehmen, das Recht ihrer Heimatjurisdiktion zu bevorzugen, ist der bereits oben identifizierte Faktor der Vertrautheit^{280, 281}. Die überlegene Vertragspartei wird häufig ihre Marktmacht nutzen, um ihre eigene Rechtsordnung und nationalen Streitbeilegungsmechanismen beziehungsweise -foren dem Vertragspartner in internationalen Verträgen aufzuerlegen.²⁸² Die Wahl dieser Heimatrechtsordnung (oder alternativ der ständig in dieser Vertragsart und Branche genutzten Rechtsordnung eines Unternehmens) wird typischerweise die dominante Strategie eines Unternehmens sein beim Verhandeln der vertraglichen Rechtswahl.²⁸³ Dabei kann ein Entgegenkommen eines Vertragspartners in der Rechtsanwendungsfrage teilweise ein Entgegenkommen beim Preis oder bei vertraglichen Haftungsregelungen für einen Ausgleich erforderlich machen, sodass mitunter beachtliche Geldsummen eingebüßt werden, um das eigene Recht um jeden Preis in den Vertragsverhandlungen durchzusetzen.²⁸⁴ Ersatzweise zur Bevorzugung der Heimatrechtsordnung, wenn ein Durchsetzen dieser in den Vertragsverhandlungen gescheitert ist, präferieren die Parteien es, ein „neutrales Recht“²⁸⁵ zu wählen.²⁸⁶

Die Daten der *Queen Mary Survey* (2010) unterstützten diese Präferenzreihenfolge in der Rechtswahl der Unternehmen. Auf die Frage nach ihrer bevorzugten Wahl des auf den Vertrag anwendbaren Rechts, wenn sie die Wahl hätten, antworteten die 136 befragten Unternehmen zu 44 % mit der Nennung des „Rechts der Heimatrechtsordnung“ („law of home jurisdiction“).²⁸⁷ Zusätzlich beschrieben die Unternehmen in den Interviews der *Queen Mary Survey* (2010), dass in Vertragsverhandlungen jede Partei normalerweise ihr nationales Recht als das auf den Vertrag anwendbare Recht vorschlägt oder eine Partei ihr nationales Recht in AGB als anwendbares Recht unterbreitet. Wenn allerdings die Verhandlungsmacht der Parteien ausgeglichen ist, wird das Heimatrecht des Vertragspartners normalerweise abgelehnt und die Par-

²⁸⁰ Siehe oben Anreizfaktor 3. „Vertrautheit eines Rechtssystems“ in Kapitel 3 – B.II.3.

²⁸¹ Siehe auch: *Born*, *International Arbitration: Law and Practice*, 2. Aufl. 2016, § 13.04 [A], S. 258; zu dem Ergebnis gelangend, dass Vertrautheit einer der bedeutsamsten Faktoren ist: *Vogenauer*, *ERPL* 2013, 13, 77; *Brödermann*, *Hamburg Law Review* 2016, 21, 21 und 24; *Wagner*, *Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb* (2017), S. 80.

²⁸² *Brödermann*, *Hamburg Law Review* 2016, 21, 24.

²⁸³ Zu Strategien und Präferenzabfolgen bei der Rechtswahl und dieser dominanten Strategie: *Mankowski*, in: *FS Schäfer* 2008, 369, 372.

²⁸⁴ *Mankowski*, *RIW* 2003, 2, 4; *Brödermann*, *Hamburg Law Review* 2016, 21, 25.

²⁸⁵ Ebenso wurde der Anreizfaktor eines „neutralen Rechts“ oben identifiziert in Kapitel 3 – B.II.7.

²⁸⁶ *Mankowski*, *RIW* 2003, 2, 5; auch hier zum selben Ergebnis kommend bei der Analyse der verschiedenen empirischen Studien: *Rühl*, „Building Competence in Commercial Law in the Member States“, *Study for the JURI Committee* (Sept. 2018), S. 25 ff.

²⁸⁷ *Queen Mary Survey* (2010), Chart 9, S. 13.

teien finden eine beiderseitig annehmbare Lösung. In einem solchen Fall wird ein „neutrales“ Recht ausgewählt.²⁸⁸

II. Verknüpfung der Wahl des anwendbaren materiellen Rechts und des Forums

Die unternehmerische Rechtswahl (Wahl des anwendbaren materiellen Rechts) und Forumswahl (Wahl des Streitbeilegungsortes) sind eng miteinander verknüpft. Die Wahl des Vertragsrechts und des Forums gehen häufig Hand in Hand.²⁸⁹ Sie haben einen gegenseitig starken Einfluss. Streitbeilegungsforum und anwendbares Recht werden durch die Parteien oft im Paket gewählt.²⁹⁰ Auf diese Weise besteht ein indirekter Einfluss auf die Rechtswahl durch Faktoren, die mit dem Forum verknüpft sind. Die Annahme einer Verknüpfung der Rechts- und Forumswahl in der Praxis wird durch die empirischen Daten gestützt. Diese Verknüpfung stellt auch eine wirtschaftlich rationale Entscheidung der Parteien dar.

1. Empirische Daten hinsichtlich Verknüpfung der Wahl

Der Zusammenhang zwischen der Wahl des anwendbaren Vertragsrechts und der Forumswahl kann aus empirischen Daten abgeleitet werden. Zunächst kann eine Abstimmung dieser beiden Aspekte aufeinander in den verschiedenen Studien beobachtet werden. Die Umfrage der *Oxford Civil Justice Survey* (2008) untermauert den Zusammenhang zwischen der Rechtswahl und der Forumswahl. Bei der Befragung 100 europäischer Unternehmen, in welchem Maße sie verschiedene Faktoren bei der Wahl des anwendbaren Vertragsrechts in grenzüberschreitenden Verträgen berücksichtigen würden, wurde der Faktor „Qualität der Richter und Gerichte“ („quality of judges and courts“) als fünftwichtigster aus 23 aufgelisteten Faktoren bewertet.²⁹¹ Dies zeigt den Einfluss der mit dem Forum verknüpften Faktoren auf die unternehmerische Rechtswahl. Die Verknüpfung wirkt sich auch anderes herum aus. Bei der Befragung derselben Unternehmen nach dem Maße, in dem sie verschiedene Faktoren bei der Wahl des Streitbeilegungsforums in grenzüberschreitenden Transaktionen berücksichtigen würden, bewerteten die Unternehmen den Faktor „Vertragsrecht“ („contract law“) als sechswichtigsten

²⁸⁸ Beschreibung der Interviews in: Queen Mary Survey (2010), S. 14.

²⁸⁹ Vogenauer, ERPL 2013, 13, 27.

²⁹⁰ Vgl. ebenso: O'Hara / Ribstein, *The Law Market* (2009), *The Creation of a Law Market*, S. 65, 70; Coester, Comment on Vogenauer, 285, 286 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013); Wagner, *Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb* (2017), S. 84 und S. 176.

²⁹¹ „When choosing a governing contract law for cross-border transactions, to what extent do you take into account the following factors?“, *Oxford Civil Justice Survey* (2008), Frage 19, S. 17.

unter 23 aufgelisteten Faktoren.²⁹² In derselben Studie wurden die Unternehmen befragt, ob beträchtliche Variationen („considerable variation“) unter den Vertragsrechten innerhalb der EU einen Einfluss auf ihre Forumswahl hätten. Einem solchen Einfluss stimmten 79 % der befragten Unternehmen zu (darunter stimmten 37 % stark zu („agree strongly“) und 43 % stimmten leicht zu („agree mildly“).²⁹³ Auch dies stützt wiederum einen Zusammenhang der Wahl des anwendbaren Rechts und des Forums durch Unternehmen in grenzüberschreitenden Verträgen.

Des Weiteren bewerteten in der *BIICL Survey (2015)* die Umfrageteilnehmer eine „Kombination mit der Gerichtsstandswahl“ („combination with choice of court“) als drittmeist entscheidendsten Faktor, der ihre Wahl zugunsten des englischen Rechts geleitet hatte.²⁹⁴ Dies begründet weitere Unterstützung für die Verknüpfung. In derselben Umfrage wurden die Teilnehmer befragt, ob sie in Betracht ziehen würden, einen Fall, der englischem Recht unterliegt, in eine andere Jurisdiktion als Gerichtsstandort zu bringen.²⁹⁵ Ihre Antworten offenbarten, dass es sehr unwahrscheinlich für die meisten – beinahe drei Viertel – der Umfrageteilnehmer war, ihre Rechtswahl zugunsten des englischen Vertragsrechts von der Wahl des englischen Forums zu trennen. Unter Ausschluss der Antworten, die „nicht zutreffend“ („not applicable“) angaben, war es für rund 72 % der befragten 130 Unternehmen „nicht sehr wahrscheinlich“ („not very likely“) oder „unwahrscheinlich“ („unlikely“), dass sie einen Fall, der englischem Recht unterliegt zu einer anderen Jurisdiktion bringen würden.²⁹⁶

Eine ähnliche Interdependenz zwischen Rechtswahl und Forumswahl kann im Schiedsrecht zwischen dem Ort der Schiedsinstitution und dem anwendbaren Recht beobachtet werden: In Schiedsverfahren im Jahr 2017 bei dem

²⁹² „When choosing a dispute resolution forum for cross-border transactions, to what extent do you take into account the following factors?“, Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 33, S. 28. Auf den Plätzen 1–5 fanden sich „quality of judges and courts“, „fairness of the outcomes“, „corruption“, „predictability of the outcomes“ und „speed of dispute resolution“.

²⁹³ „Such variations [dabei meinent: „considerable variation in the contract laws across the EU“] affect your choice of jurisdiction.“, Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 14, S. 12.

²⁹⁴ BIICL Survey (2015), Q25, S. 51. „Combination with choice of court“ als entscheidender Faktor für 30 Umfrageteilnehmer aus 161 Antworten. Die einzig höher bewerteten Faktoren waren „Quality/certainty of the law“ (entscheidend für 57 Umfrageteilnehmer) und „Efficiency of English law in commercial disputes“ (entscheidend für 43 Umfrageteilnehmer).

²⁹⁵ BIICL Survey (2015), Q27, S. 52.

²⁹⁶ 143 Umfrageteilnehmer antworteten, von denen 13 antworteten „not applicable“. Somit, 94 Antworten aus 130 Antworten ergaben „not very likely“ (48 Antworten) und „unlikely“ (46 Antworten). BIICL Survey (2015), Q27, S. 52. Siehe vertiefte Analyse der Studie hierzu auf S. 25 der BIICL Survey (2015).

London Court of International Arbitration (LCIA) enthielten 85 % der Fälle eine Rechtswahl zugunsten des englischen Rechts, wobei daneben 94 % der Fälle eine Wahl zugunsten Londons als Schiedsort enthielten.²⁹⁷ Dabei kam die Mehrheit der Parteien (über 80 %) von außerhalb des Vereinigten Königreichs.²⁹⁸ Vergleichbare Zahlen zeigen die *Annual Reports* des LCIA für die Jahre 2018 und 2019.²⁹⁹ In Schiedsverfahren bei der *Swiss Chambers' Arbitration Institution* enthalten die Mehrheit der Fälle (75 % aller Fälle zwischen 2004–2015) eine Rechtswahl zugunsten des Schweizer Rechts.³⁰⁰ Darüber hinaus wurden in der *Queen Mary Survey* (2010) die Umfrageteilnehmer befragt, ob die Wahl der Parteien bezüglich der verschiedenen Aspekte der Schiedsklausel (und mithin Schiedsort, *lex arbitri* und das materiell anwendbare Recht) sich gegenseitig beeinflussen. 68 % der Befragten antworteten hierauf bejahend, dass diese Faktoren sich gegenseitig beeinflussen würden.³⁰¹ In derselben Studie gaben die internationalen Unternehmen für die Wahl des Schiedsortes an, dass der wichtigste Faktor dabei für sie die formale rechtliche Infrastruktur („formal legal infrastructure“) sei.³⁰² Zweitbedeutendster Faktor sei das anwendbare Recht auf den Inhalt des Rechtsstreits.³⁰³ Dieser zweite Faktor stellt ein eigenartiges Ergebnis Anbetracht dessen, dass das anwendbare Recht auf den Inhalt des Rechtsstreits grundsätzlich unab-

²⁹⁷ LCIA Facts and Figures 2017, Casework Report, S. 3, 9, 10.

²⁹⁸ LCIA Facts and Figures 2017, Casework Report, S. 3, 6.

²⁹⁹ Die Daten des LCIA 2018 Annual Casework Report, S. 11, zeigen ebenfalls einen Zusammenhang zwischen Rechtswahl und Ort der Schiedsinstitution. Dieser Zusammenhang ist jedoch mit 76 % der Fälle mit Rechtswahl zugunsten des englischen Rechts und 88 % der Fälle mit England als Schiedsort leicht rückläufig. Der LCIA 2019 Annual Casework Report, S. 13, zeigt wieder einen stärkeren Zusammenhang mit 81 % der Fälle mit Rechtswahl zugunsten des englischen Rechts und 89 % der Fälle mit England als Schiedsort.

³⁰⁰ Swiss Chambers' Arbitration Institution, Commented Statistics 2015, S. 5, 6, <<https://www.swissarbitration.org/files/515/Statistics/Commented%20Statistics%202015%20final%2020160810.pdf>>. Die Wahl des Schweizer Rechts ist die meist gewählte, gefolgt von der Wahl eines „International Trade Law“ (4 %), französischem Recht (3 %), englischem Recht (2 %) und deutschem Recht (2 %) in 2015. Die gewählten Schiedsorte waren im selben Zeitraum zwischen 2004–2015 in 98 % der Fälle in der Schweiz (allein in 2015 in 97 % in der Schweiz).

³⁰¹ Queen Mary Survey (2010), Chart 6, S. 9.

³⁰² Queen Mary Survey (2010), Chart 14, S. 17–18. Einbezogen in diesen Faktor sind die nationalen Regeln zur Schiedsgerichtsbarkeit aber auch die Erfolgsbilanz der Durchsetzung von Schiedsvereinbarungen und -awards in der jeweiligen Jurisdiktion und die Neutralität und Unabhängigkeit. Auf Nachfrage zur weiteren Konkretisierung des Faktors „formale rechtliche Infrastruktur“ gaben die Befragten an, dass Neutralität und Unabhängigkeit der Jurisdiktion („neutrality and impartiality of the jurisdiction“) gefolgt von „Schiedsfreundlichkeit“ („arbitration friendliness“) die meist beeinflussenden Faktoren bei der Wahl des Schiedsortes seien; *Mistelis*, LA Bergsten 2011, Ch. 19, S. 363, 367.

³⁰³ Queen Mary Survey (2010), Chart 14, S. 17–18; *Mistelis*, LA Bergsten 2011, Ch. 19, S. 363, 367.

hängig vom anwendbaren Schiedsrecht ist, dar.³⁰⁴ Trotzdem wird auch anhand dieser schiedsrechtlichen Daten der Zusammenhang der verknüpften Wahrnehmung und Auswahl der Unternehmen bei der Wahl des Schiedsortes als Forum und des anwendbaren Rechts bestärkt.

2. Ökonomische Rationalität einer Verknüpfung

Aus ökonomischer Sicht ist die Abstimmung der Wahl des auf den Vertrag anwendbaren Rechts und der Wahl des Forums aufeinander effizient.³⁰⁵ Hierfür bestehen vier Gründe: Erstens spart die Abstimmung für die Parteien Kosten ein.³⁰⁶ Wenn ein forumfremdes Recht Anwendung findet, können Kosten im Zusammenhang mit Sachverständigengutachten über ausländisches Recht und die Übersetzung von Dokumenten entstehen. Zweitens ermöglicht eine Abstimmung zwischen Recht und Forum ein schnelleres Verfahren. Wenn Sachverständigengutachten erforderlich werden und der Gutachter dann gegebenenfalls noch vor Gericht erscheinen muss, erhöht dies nicht nur die Verfahrenskosten, sondern verzögert es auch das Verfahren.³⁰⁷ Drittens sind die Richter eines Gerichtsstandortes mit dem Recht ihres Forums am meisten vertraut und erfahren. Sie kennen die Feinheiten, Nuancen und die zugrundeliegenden politischen Leitlinien der Rechtsvorschriften ihrer Heimatrechtsordnung und wenden sie mithin am erfahrensten an und legen sie am erfahrensten aus.³⁰⁸ Mehr Rechtsunsicherheit wird einem Rechtsstreit hinzugefügt, wenn die Parteien ein forumfremdes Recht wählen,³⁰⁹ da die Richter bei der Auslegung ausländischen Rechts überwiegend von der Qualität und Überzeugungskraft der Gutachter über ausländisches Rechts abhängen.³¹⁰ Viertens wird dem Verfahren ein weiteres Level an Rechtsunsicherheit

³⁰⁴ Vgl. ebenso *Mistelis*, LA Bergsten 2011, Ch. 19, S. 363, 368.

³⁰⁵ Siehe ebenfalls *Mankowski*, RIW 2003, 2, 4; ebenso diesen Zusammenhang zwischen Rechtswahl und Forumswahl erwähnend, aber nicht weiter Gründe hierfür analysierend: *Rühl*, „Building Competence in Commercial Law in the Member States“, Study for the JURI Committee (Sept. 2018), S. 23.

³⁰⁶ *Mankowski*, RIW 2003, 2, 4; *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 5.77, 7.16; ebenso Hinweis auf gesenkte Transaktionskosten bei einem Gleichlauf von Forum und Recht (im Rahmen einer allgemeinen Abwägung der Vor- und Nachteile einer Abstimmung von forum und ius): *Dutta*, in: FS Kronke 2020, 51, 57.

³⁰⁷ *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 7.16; empirische Daten zu ausländischem Recht in deutschen Zivilverfahren und zur Prozessverzögerung: *Stürner / Krauß*, Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren – Eine rechtstatsächliche Untersuchung (2018), S. 1 ff., 55.

³⁰⁸ *O'Hara / Ribstein*, The Law Market (2009), The Creation of a Law Market, S. 65, 68 f.

³⁰⁹ *Mankowski*, RIW 2003, 2, 4; *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 7.34.

³¹⁰ *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 7.19.

durch die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung hinzugefügt, da auf diese Weise zusätzliche kollisionsrechtliche Fragen (bspw. welche Normen sind trotz Rechtswahl als zwingendes Recht anzuwenden oder über den *ordre public* zu berücksichtigen) kreiert werden.³¹¹ Diese Unsicherheitsfaktoren im Zusammenhang mit dem Berufen auf ausländisches, forumfremdes Recht kann Parteien dazu bewegen ihre Klage bei dem Gericht anhängig zu machen, unter dessen Recht die Streitfrage fällt oder andersherum dazu bewegen, das forumeigene Recht des angerufenen Gerichts im Verfahren zur Anwendung kommen zu lassen.³¹²

3. Konsequenz für Reform

Ein starker Zusammenhang zwischen Rechtswahl und Gerichtsstandswahl in internationalen unternehmerischen Verträgen ist anzunehmen. Diese abgestimmte Wahl stellt auch ein wirtschaftlich rationales Verhalten der Vertragsparteien dar. Für die AGB-Reformfrage bedeutet diese Erkenntnis Folgendes: Nur eine Mischung aus materiellrechtlichen und prozessualen Faktoren machen einen „attraktiven“ Rechtsstandort aus. Eine reine Reform des deutschen AGB-Rechts vermag nicht die Stellung Deutschlands im Wettbewerb der Rechtsordnungen entscheidend zu verbessern. Es sind somit Faktoren auf beiden Ebenen – materiellrechtlicher und prozessualer Ebene – zu beachten. Wenn also mögliche Auswirkungen einer AGB-Reform auf die unternehmerische Rechtswahl und die Attraktivität des deutschen Vertragsrechts abgewogen werden, bedeutet dies, dass bedacht werden muss, dass die Attraktivität einer Rechtswahl (des materiellen Rechts) eng mit der Attraktivität des Forums (des Streitbeilegungsortes) zusammenhängt.

III. Netzwerk- und Lock-in-Effekte

Die Wahl des anwendbaren Vertragsrechts in unternehmerischen Verträgen ist überdies stark durch Netzwerk- und Lock-in-Effekte beeinflusst. Netzwerkeffekte treten auf, wenn der Wert eines Gutes aus der Perspektive der

³¹¹ *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 7.16; ebenso Hinweis auf das Risiko zusätzlicher kollisionsrechtlicher Fragen, wenn Forum und Recht auseinanderfallen (jedoch in einer allgemeineren Abwägung zum Gleichlauf von forum und ius im IPR): *Dutta*, in: FS Kronke 2020, 51, 58.

³¹² So landen bspw. oft internationale Handelsstreitigkeiten vor den englischen Gerichten gerade, weil das englische Recht das anwendbare Recht ist. *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 7.34 und 20.03. Gleichzeitig müssen nach englischer Auffassung die Parteien sich auf ausländisches Recht berufen, damit dieses überhaupt zur Anwendung gelangt – das Berufen auf ausländisches Recht sei nach Ansicht mancher optional (s.o. Kapitel 2 – A.II.2.a)). Dies wirkt sich positiv für einen Gleichlauf zwischen Recht und Forum aus, da den Parteien ein Wahlrecht verbleibt, ob sie sich tatsächlich im Gerichtsprozess auf ausländisches, forumfremdes Recht berufen wollen.

Käufer von der Quantität der Nutzer des konkreten Gutes oder kompatibler Güter abhängt.³¹³ Ein gutes Beispiel hierfür sind Betriebssysteme für Computer³¹⁴ oder die Nutzung sozialer Netzwerke wie beispielsweise *Facebook*. Je mehr Nutzer ein System oder ein Gut nutzen, desto höher ist dessen Wert für den Nutzer. Es ist dabei nicht notwendigerweise die Qualität entscheidend, sondern das Gut ist vorherrschend, das sich zuerst auf dem Markt etabliert hat und die größte Nutzeranzahl generiert hat.³¹⁵

Netzwerk- und Lock-in-Effekte zeigen ihre Wirkung in der Entscheidung der Unternehmen, bei der Wahl des anwendbaren Vertragsrechts es zu bevorzugen, sofern es möglich ist, innerhalb einer Rechtsordnung zu bleiben. Wenn ein bestimmtes Vertragsrecht und Forum erst einmal wiederholt ausgewählt werden, arbeiten Netzwerk- und Lock-in-Effekte zugunsten dieser Rechtsordnung.³¹⁶ Wird ein bestimmtes Recht regelmäßig in einem bestimmten Wirtschaftsbereich gewählt, entsteht eine Vertrautheit mit diesem Vertragsrecht bei Unternehmen aus dem Markt. Durch die wiederholte Nutzung dieser Rechtsordnung verringern sich die Transaktionskosten der Parteien.³¹⁷ Dieser Vorteil gilt zunächst für die Heimatrechtsordnung, kann jedoch auch zugunsten anderer Vertragsrechte gelten. Wurden seit Langem Verträge eines Unternehmens unter einer ausländischen Rechtsordnung und vor bestimmten ausländischen Gerichten geführt und wird diese ausländische Rechtsordnung und das ausländische Forum auch für Verträge mit Vertragspartnern aus diversen verschiedenen Jurisdiktionen einheitlich verwandt, so tritt eine Kostenersparnis auch für diese Rechtsordnung ein. Es ist dabei umso vorteilhafter für ein Unternehmen, wenn es dasselbe Vertragsrecht mit vielen verschiedenen Vertragspartnern nutzen kann. Unternehmen sind in dieser Hinsicht *repeat player* vor den Gerichten und hinsichtlich der gewählten Rechtsordnung.³¹⁸

Außerdem kann ein gewisser Herdentrieb (*phenomenon of ‚herd‘/ ‚mob mentality‘*) zugunsten einer Rechtsordnung eintreten, wenn Unternehmen sich sicherer fühlen, dass in ihrem Wirtschaftsbereich meist gewählte Recht zu wählen und sich somit in der Masse zu bewegen.³¹⁹ Unternehmen sind nicht gewillt Informationskosten auf sich zu nehmen, um die Vor- und Nachteile

³¹³ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 651; Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 81.

³¹⁴ Dieses Beispiel nennen auch Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 651; Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 82.

³¹⁵ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 651.

³¹⁶ Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 64; Vogenauer, ERPL 2013, 13, 25; Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 81–86 (insb. S. 83 f.).

³¹⁷ Vogenauer, ERPL 2013, 13, 23, 60.

³¹⁸ Vogenauer, ERPL 2013, 13, 23; Mankowski, in: FS Schäfer 2008, 369, 371.

verschiedener möglicher Vertragsrechte für sie selbst zu analysieren und setzen daher „Proxies“ ein, um die Qualität des Rechts indirekt zu bewerten.³²⁰ Der ersichtlichste Proxy ist dabei die Ansicht anderer Handelsakteure, die ihre Auffassung in ihrer Wahl des anwendbaren Vertragsrechts ausdrücken.³²¹ Dies veranlasst Unternehmen dazu beim marktführenden Rechtsregime zu bleiben. Somit wird eine leicht bevorzugte Vertragsrechtswahl im Laufe der Zeit bekräftigt.

Lock-in-Effekte wirken zugunsten des „überlegenen Standards“ (*superior standard*), sodass ein Wechsel weg von der vorherrschenden Wahl erschwert wird.³²² Es entstehen somit Beharrungskräfte zugunsten des besser etablierten, überlegenen Standards. Nur wenn die Kosten für einen Wechsel niedriger sind als die Kosten eines Verweilens im vorherrschenden Standard, wäre ein Wechsel des Produktes rational und effizient für die Parteien. Das bedeutet, dass der Anbieter einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten hat, der sich zuerst auf dem Markt etabliert und ein großes Netzwerk erschafft (*first-mover advantage*).³²³ Der Wechsel zu dem Produkt eines anderen Anbieters auf dem Markt erfolgt nicht bereits, wenn dieser Konkurrent ein nur geringfügig besseres Produkt anbietet. Manchen Studien zufolge erfolgt der Wechsel zu einem neuen, besseren Produkt nur dann, wenn dieses neue Produkt zehnmal besser ist, als das bereits gut etablierte Produkt auf dem Markt.³²⁴ Demzufolge kann ein vorherrschendes System in seiner marktführenden Position selbst dann verbleiben, wenn andere Systeme (*late-mover*) die Präferenzen der Nutzer besser bedienen würden.³²⁵ Rechtsanwälte und Mitarbeiter eines Unternehmens sind ausgebildet, mit einem bestimmten Recht zu arbeiten. Es verursacht zusätzliche Transaktionskosten, zu einem anderen anwendbaren Recht zu wechseln (sog. *switching costs*).³²⁶ Folglich wirkt ein *status quo bias*³²⁷

³¹⁹ Mankowski, RIW 2003, 2, 7; ders., in: FS Schäfer 2008, 369, 380; Vogenauer, ERPL 2013, 13, 26.

³²⁰ Gilles Cuniberti, The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws, 34 Nw. J. Int'l L. & Bus. (2014), 455, 512.

³²¹ Gilles Cuniberti, The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws, 34 Nw. J. Int'l L. & Bus. (2014), 455, 512.

³²² Engert, AcP 213 (2013), 321, 327.

³²³ Zum Begriff, Mechanismus und Auswirkungen des *first-mover advantage*: Lieberman/Montgomery, Strategic Mgmt. J. (1988), 41–58.

³²⁴ Die Studie auf die in dieser Hinsicht Bezug genommen wird betraf Informationstechnologien. Engert, AcP 213 (2013), 321, 327; Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 82 f.

³²⁵ Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 85 f.

³²⁶ Zum Begriff und Effekt der *switching costs/transition costs*: Samuelson/Zeckhauser, Journal of Risk and Uncertainty (1988), 7, 34; ebenfalls zum Effekt der *switching costs* die *first-mover advantages* hervorrufen: Liebermann/Montgomery, Strategic Mgmt. J. (1988), 41, 46.

zugunsten eines einmal ausgewählten Vertragsrechts³²⁸ und schafft einen gewissen Wettbewerbsvorteil dieses Produktes gegenüber anderen Produkten. Der Rechtswahl der Unternehmen haftet mithin eine gewisse Trägheit an und ein Wechsel zu einem anderen anwendbaren Recht erfolgt nur, wenn eine hohe Schwelle zunächst überwunden wurde.

Empirischen Daten zufolge ist der Faktor der Marktpraxis einschließlich Standardverträgen und -formularen („market practice including standard form agreements“) bedeutsam für die Rechtswahl der Unternehmen.³²⁹ Dies unterstützt zusätzlich die Vermutung, dass Unternehmen in ihrer Wahrnehmung berücksichtigen, was gebräuchlich (*common*) im jeweiligen Markt ist. Dabei können die Wahrnehmung der Qualität eines Rechtssystems und der Eindruck der Favorisierung einer Rechtswahl durch die Marktteilnehmer auch weit von der tatsächlichen Leistung der Rechtsordnung und der Häufigkeit der tatsächlichen Wahl dieser Rechtsordnung abweichen.³³⁰

IV. Fazit zu zugrundeliegenden Mechanismen

Das Herausarbeiten der der Rechtswahl zugrundeliegenden Mechanismen hat drei Mechanismen hervorgebracht, die grundlegend die unternehmerische Rechtswahl beeinflussen, neben beziehungsweise gleichläufig mit den Anreizfaktoren. Die unternehmerische Rechtswahl in internationalen Handelsverträgen wird stark durch die Bevorzugung der Heimatrechtsordnung und alternativ eines neutralen Rechts beeinflusst. Zudem besteht eine Verknüpfung zwischen Forum und Rechtswahl, sodass auch forumspezifische Eigenschaften einen Einfluss auf das anwendbare materielle Recht in Handelsverträgen haben. Letztlich wirken hinsichtlich der Rechtswahl Netzwerkeffekte, die sich durch Lock-in-Effekte noch verstärken und beständiger werden.

Zur Frage, wie weit eine Reform des AGB-Rechts sinnvoll wäre, um eine Rechtsflucht vor der deutschen AGB-Kontrolle in ausländische Rechtsordnungen zu vermeiden, ergibt sich hieraus zweierlei: Die erste und zweite Erkenntnis bestärken, dass auch andere Faktoren als der Inhalt des materiellen Vertragsrechts einen Einfluss auf die Wahl des Vertragsrechts haben. Die dritte Erkenntnis bezüglich der Netzwerk- und Lock-in-Effekte bedeutet, dass eine Einflussnahme auf die favorisierte Rechtswahl von Unternehmen (unabhängig davon, anhand welcher Faktoren Unternehmen diese maßgeblich ausmachen) nur sehr retardiert und langsam beeinflussbar ist. Andersherum ge-

³²⁷ Ausführlich zum Einfluss des *status quo bias* in der Entscheidungsfindung: *Samuelson/Zeckhauser*, *Journal of Risk and Uncertainty* (1988), 7–59.

³²⁸ *Vogenauer*, *ERPL* 2013, 13, 23.

³²⁹ *BIICL Survey* (2015), Q25, S. 51.

³³⁰ Zum Eindruck der Qualität des Rechts: *Vogenauer*, *ERPL* 2013, 13, 26; zum Eindruck der Häufigkeit der Rechtswahl: *Cordero-Moss*, *International Commercial Contracts* (2014), S. 13.

dacht muss für ein Ausweichen von einer normalerweise, ursprünglich durch ein Unternehmen bevorzugten Rechtswahl in eine andere eine starke abstoßende Wirkung beziehungsweise ein hoher Anreiz für den Wechsel bestanden haben, um ein Unternehmen dazu zu veranlassen, die Transaktionskosten für einen Wechsel auf sich zu nehmen und trotz Netzwerk- und Lock-in-Effekten aus der ursprünglichen Rechtswahl in eine andere zu wechseln. Die retardierenden Effekte gelten sowohl für ein Abwandern aus einer Rechtsordnung wie auch für den Zurückgewinnungsprozess in eine Rechtsordnung als materiell anwendbares Recht auf einen Vertrag.

E. Mögliche Auswirkungen einer AGB-Reform auf die Attraktivität der deutschen Rechtsordnung

Inwiefern würde sich eine Reform des deutschen AGB-Rechts auf die Attraktivität der deutschen Rechtsordnung auswirken? Welche Auswirkungen hätte eine AGB-Reform auf die einzelnen Anreizfaktoren und wie würden sich die zugrundeliegenden Mechanismen in den Auswirkungen einer Reform des AGB-Rechts niederschlagen?

I. Auswirkungen einer AGB-Reform auf einzelne Anreizfaktoren

Bei der Analyse, welchen Einfluss eine AGB-Reform auf die einzelnen Anreizfaktoren, die die unternehmerische Rechtswahl beeinflussen, hätte, werden die verschiedenen Faktoren nachfolgend in solche eingeteilt, die durch eine AGB-Reform unbeeinflusst blieben (Ziff. 1) und solche, die beeinflusst werden könnten durch eine AGB-Reform (Ziff. 2). Manche Faktoren würden nur im Laufe der Zeit, langfristig, durch eine AGB-Reform beeinflusst werden (Ziff. 3).

1. Unbeeinflussbare Faktoren durch Reform des AGB-Rechts

Verschiedene Anreizfaktoren für die unternehmerische Rechtswahl würden auch durch eine AGB-Reform unbeeinflusst bleiben. Somit würde das Ziel einer Veränderung bei diesen Aspekten durch eine AGB-Reform verfehlt werden, da eine Reform des AGB-Rechts hierauf keinen Einfluss ausüben könnte.

Eine Reform des deutschen AGB-Rechts würde keine Veränderung beim Anreizfaktor der englischen Sprache oder der Vielsprachigkeit hervorrufen. Dies würde weiterhin ein „Pushfaktor“ gegen die deutsche Rechtsordnung bleiben. Auch der Anreizfaktor der Rechtstradition würde sich für die deutsche Rechtsordnung nicht durch eine AGB-Reform verändern, sondern bliebe ebenfalls unbeeinflusst. Eine Reform des deutschen AGB-Rechts ließe den Anreizfaktor der Schiedsfreundlichkeit unbeeinflusst. Gleichfalls würde das deutsche Recht allein durch eine Reform des AGB-Rechts nicht zu einer

beliebten neutralen Rechtsordnung für internationale Verträgen werden. Hierfür ist vielmehr eine Stellung als zugängliche Rechtsordnung, die ein neutraler Boden für verschiedene Unternehmen darstellt und gerne gewählt wird, erforderlich.³³¹ Und auch der Eindruck über die Stabilität des deutschen Rechtssystems und dessen politische Unabhängigkeit und Beständigkeit würde nicht durch eine Reform des deutschen AGB-Rechts verändert werden.

Darüber hinaus würde sich die Attraktivität des deutschen Forums nicht durch eine Reform des AGB-Rechts verbessern. So würden auch die mit dem Forum verknüpften Faktoren der Qualität und Erfahrung der Richter und Gerichte oder die Gerichtskosten durch eine AGB-Reform unbeeinflusst bleiben. In dieser Hinsicht würde der deutsche Rechtsstandort weiter hinter beispielsweise den englischen Gerichten zurückstehen. Um diese Aspekte anzupacken wären stattdessen Reformen im Bereich des Zivilprozessrechts und der Gerichtsstandsverordnung erforderlich.³³² Und auch die Gerichtskosten würden sich nicht verändern. Wobei diese derzeit einen Pullfaktor zugunsten der deutschen Rechtsordnung darstellen.

Letztlich bliebe auch der Anreizfaktor eines großen Finanz-, Versicherungs- und Rückversicherungssektors durch eine AGB-Reform unbeeinflusst. Ein solcher Markt und großer Marktanteil ist historisch gewachsen und vergrößert sich durch Netzwerkeffekte und verharrt durch Lock-in-Effekte. Denkbar wäre einzig, dass das AGB-Recht über lange Zeit hinweg einen Anreizfaktor auf diese Märkte haben könnte. Dies wäre jedoch kein unmittelbarer, kurzzeitiger Einfluss auf den Faktor der großen Finanz-, Versicherungs- und Rückversicherungssektoren.

2. Beeinflussbare Faktoren durch Reform des AGB-Rechts

Verschiedene Faktoren, die für Unternehmen eine Rolle dafür spielen, unter welche Rechtsordnung sie ihre Handelsverträge stellen, könnte der deutsche Gesetzgeber durch eine AGB-Reform beeinflussen.

Eine Reform des deutschen AGB-Rechts hätte selbstredend Auswirkungen auf diesen Anreizfaktor in der unternehmerischen Rechtswahl. Je nach Reformausführung könnten bestimmte unternehmerische Verträge oder in einem beschränkten Maße alle unternehmerischen Verträge mehr Vertragsfreiheit im B2B-Verkehr unterliegen. So würde eine AGB-Reform das materielle Recht verändern und könnte mithin an diesem Anreizfaktor drehen. Betrachtet man jedoch das Umfrageergebnis der *Leuschner-Studie* (2014) an deutsche Unternehmen als Befragte zum Ausweichen bei inländischen und internationalen Verträgen ins ausländische Recht, um die Anwendung der deut-

³³¹ Überlegungen zur Verbesserung der sprachlichen Zugänglichkeit der deutschen Gerichte unter Kapitel 5 – C.I.

³³² Hierzu jedoch bereits Überlegungen. Siehe nachstehende Erläuterungen unter Kapitel 5 – C.I.

schen Vorschriften zum AGB-Recht zu vermeiden, scheint das AGB-Recht zumindest nicht der maßgebliche Faktor für die Wahl des materiellen Rechts zu sein.³³³ Bei inländischen Vertragsschlüssen wählten der Großteil der befragten deutschen Unternehmen „nie“ (74,76 %) oder „selten“ (5,20 %) ausländisches Recht als materiell anwendbares Recht, um die Anwendung der deutschen Vorschriften zum AGB-Recht zu vermeiden.³³⁴ Bei internationalen Verträgen würden knapp mehr als die Hälfte der Befragten, nie oder selten vor dem deutschen Recht aufgrund des AGB-Rechts ausweichen (40,5 % „nie“ und 15,3 % „selten“).³³⁵ Nur 16,9 % gaben an, sie würden deshalb ausweichen.³³⁶ Der Faktor materielles Recht würde mithin beeinflusst werden als Anreizfaktor bei der unternehmerischen Rechtswahl durch eine AGB-Reform. Gleichzeitig könnten dies weniger Auswirkungen zugunsten des Rechtsstandort Deutschlands haben als vielleicht erhofft.

Zudem könnte der Eindruck der Berechenbarkeit des Ausgangs einer Entscheidung durch eine Reform des deutschen AGB-Rechts beeinflusst werden. Dieser sehr hoch bewertete Faktor in der Beeinflussung der Unternehmen der Rechtswahl besteht aus verschiedenen Komponenten. Mehr Vertragsfreiheit im unternehmerischen Verkehr würde zu weniger Eingriffen in die geschriebenen Vertragsklauseln im B2B-Verkehr führen. Auf diese Weise könnte der Eindruck von mehr Vorhersehbarkeit der Entscheidung für Unternehmen entstehen.

3. Langfristig beeinflussbarer Faktor: Vertrautheit eines Rechtssystems

Manche der Anreizfaktoren würden nur langfristig durch eine AGB-Reform beeinflusst werden. Hierzu zählt insbesondere der Faktor der „Vertrautheit eines Rechtssystems“. Diese würde sich nicht direkt zugunsten des deutschen Rechts verbessern, könnte sich jedoch langfristig verbessern, wenn das deutsche materielle Recht zunächst etwas häufiger in internationalen Verträgen gewählt werden würde und sodann nach und nach aufgrund einer Vertrautheit verbreitet vermehrt gewählt werden würde. Hierfür müsste jedoch eine Reform zunächst ausreichend Einfluss auf die Wahl des deutschen Rechts haben, so dass dieses initial vermehrt in internationalen B2B-Verträgen gewählt würde.

³³³ Siehe hierzu ausführlich: Kapitel 3 – C.IV.

³³⁴ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 278, Ergebnisse zu Frage 30 der Umfrage 2. Weitere 15,89 % konnten die Frage nicht beurteilen. Zusammengerechnet nur 4,11 % der Befragten antworteten hierauf eher positiv: Unter den positiven Antworten erhielt mit absteigender Tendenz „gelegentlich“ 2,21 %, „meistens“ 1,2 %, und „immer“ niedrige 0,70 %.

³³⁵ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 279, Antworten zu Frage 31 der Umfrage 2.

³³⁶ Diese 16,9 % stellen sich jedoch aus nur 1,8 % der Antworten der Unternehmen mit „immer“, 4,4 % mit „meistens“ und 10,7 % mit „gelegentlich“ zusammen. 27,4 % der Unternehmen konnten diese Frage nicht beurteilen.

4. Zwischenfazit: Nur wenige Anreizfaktoren der unternehmerischen Rechtswahl durch Reform des deutschen AGB-Rechts beeinflussbar

Zwischenergebnis der hier getroffenen Analyse des möglichen Einflusses einer Reform der §§ 305 ff. BGB auf die unternehmerische Rechtswahl ist, dass nur wenige Faktoren direkt und unmittelbar beeinflussbar wären – manche davon nur langfristig und viele gar nicht. Die meisten Anreizfaktoren für die unternehmerische Rechtswahl hängen mit anderen Rechtsgebieten wie dem Prozessrecht oder auch sprachlichen Faktoren einer Rechtsordnung zusammen und können nicht durch Reformen im materiellen Vertragsrecht beeinflusst werden.

Eine Veranschaulichung dieser Einflussnahmemöglichkeiten einer AGB-Reform im deutschen nationalen Recht auf die Anreizfaktoren für die unternehmerische Rechtswahl in Handelsverträgen ermöglicht nachfolgende Tabelle:

Einflussnahmemöglichkeit einer Reform der §§ 305 ff. BGB auf Anreizfaktoren für die unternehmerische Rechtswahl in Handelsverträgen

Intensität des Einflusses	Unbeeinflussbar durch AGB-Reform	Beeinflussbar durch AGB-Reform	Nur langfristig beeinflussbar durch AGB-Reform
Anreizfaktoren			
Generelle Qualität des materiellen Rechts		x	
Möglichkeit der Haftungsbeschränkungen und-ausschlüsse		x	
Vertrautheit			x
Schiedsfreundlichkeit	x		
Rechtstradition (<i>common law / civil law</i>)	x		
Englische Sprache und/oder Vielsprachigkeit	x		
(Eindruck einer) Neutralität des Rechts	x		
Berechenbarkeit des Ausgangs einer Entscheidung		x	
(Eindruck der) Stabilität eines Rechtssystems	x		
Forum	x		
Großer Finanz-, Versicherungs- und Rückversicherungssektor	x		

Legende: (x) = trifft zu

Die Tabelle veranschaulicht mithin das Fazit der Analyse, dass die Mehrheit der Faktoren, die die unternehmerische Rechtswahl in Verträgen beeinflussen, unbeeinflusst durch eine Reform im AGB-Recht bliebe. Dennoch hängt die Frage der Auswirkungen auf die Rechtswahl in Verträgen von der Gewichtung der Faktoren in der unternehmerischen Rechtswahl in Verträgen ab. Diesbezüglich vermag die Tabelle keine Aussagen zu treffen. Die Tabelle veranschaulicht jedoch, dass der überwiegende Teil der Faktoren durch eine Veränderung des Vertragsrechts nicht direkt beeinflusst werden.

II. Einfluss der zugrundeliegenden Mechanismen

Alle drei der Rechtswahl zugrundeliegenden Mechanismen erschweren einen Wechsel der vorherrschenden Rechtswahl in internationalen unternehmerischen Verträgen. Sie alle verhindern, dass in einem großen Maße direkte Auswirkungen einer AGB-Reform auf die Beliebtheit der deutschen Rechtsordnung im B2B-Verkehr erfolgen würde.

Netzwerk- und Lock-in-Effekte würden eine Veränderung bei der vorherrschenden Rechtswahl und Forumswahl retardieren. So führen die zugunsten der aktuell meist gewählten Rechtsordnungen im B2B-Verkehr wirkenden Netzwerkeffekte derzeit dazu, dass diese Rechtsordnungen weiterhin vermehrt gewählt werden. Die Lock-in-Effekte setzen eine hohe Schwelle für einen Wechsel des vorherrschenden Standards. Diese müsste überwunden werden. Nur wenn sich für ein Unternehmen die *switching costs* für einen Wechsel des Standards lohnen, wäre es für dieses rational seine Rechtswahl in B2B-Verträgen zu ändern. Ob eine reine Reform des deutschen AGB-Rechts solch hohe Vorteile im unternehmerischen Rechtsverkehr hervorbringen könnte, um Unternehmen zur Rückkehr in die deutsche Rechtsordnung zu bewegen, ist fraglich. Für die Unternehmen, die möglicherweise kurz vor einer Abwahl des deutschen Rechts als ihre ursprünglich vorherrschende Wahl stehen, veranlassen die Netzwerk- und Lock-in-Effekte hingegen, dass die Schwelle für ein Herausoptieren aus dem deutschen Recht höher ist, als ohne diese Effekte.

Zudem bedeutet die verknüpfte Wahl von Forum und anwendbarem Recht, dass Unternehmen einen Wechsel in der Wahl des anwendbaren Rechts vornehmlich nur vornehmen, wenn sie auch das dazu passende Forum als attraktiv ansehen würden und mithin auch dieses wechseln wollen.

Der letzte zugrundeliegende Mechanismus, dass der Ablauf in Vertragsverhandlungen zunächst die Wahl der Heimatrechtsordnung und sodann als Kompromisslösung die eines „neutralen“ Rechts ist, führt dazu, dass für eine vermehrte Wahl des deutschen Rechts auch in Verträgen ohne deutschem Vertragspartner das deutsche Rechts als eine „neutrale“ Rechtsordnung wahrgenommen werden müsste. „Neutralität des Rechtssystems“ ergibt sich jedoch aus einem Gesamteindruck der Rechtsordnung, der nicht direkt und

zumindest nur gering vom AGB-Recht beeinflusst wäre. Mithin führt auch dieser dritte zugrundeliegende Mechanismus dazu, dass ein Wandel der präferierten Rechtswahl in B2B-Verträgen nicht allein aufgrund einer AGB-Reform im deutschen Recht im großen Maße ersichtlich wäre.

III. Zwischenfazit

Eine AGB-Reform hätte nur auf wenige der Anreizfaktoren einen direkten Einfluss. Einige wenige Anreizfaktoren könnten sich eventuell langfristig verändern. Jedoch verbleiben die meisten Anreizfaktoren unbeeinflusst durch eine AGB-Reform. Die daneben wirkenden zugrundeliegenden Mechanismen verzögern oder erschweren zudem einen Wandel, den eine AGB-Reform auf die Attraktivität der deutschen Rechtswahl in internationalen Handelsverträgen wenn überhaupt hervorrufen könnte.

F. Fazit zum Einfluss des AGB-Rechts auf die Rechtswahl und Konsequenzen für die Reformfrage

Die Zusammenschau der Analyse ergibt, dass das deutsche AGB-Recht aus verschiedenen Gründen entgegen der Vermutung mancher AGB-Reformbefürworter weder der ausschließliche noch der ausschlaggebende Grund für eine Rechtsflucht vor dem deutschen Recht ist. Zweifel an einer ausschlaggebenden Ursächlichkeit streuen die Fülle an Anreizfaktoren bei der Wahl der Rechtsordnung in Verträgen (Buchst. B) und die nicht ausschlaggebende Wirkung des Faktors „AGB-Recht“ bei der unternehmerischen Rechtswahl in Verträgen (Buchst. C). Gewichtige Anreizfaktoren sind „Vertrautheit“ mit einem Rechtssystem und „Neutralität“ eines Rechtssystems. Die Qualität des materiellen Rechts steht zumindest nicht allein vorrangig vor diesen Faktoren. Die Analyse der Daten ergab außerdem, dass das Rechtsfluchtrisiko aufgrund des deutschen AGB-Rechts zwar sehr gering ist, vor allem in reinen deutschen Inlandssachverhalten, jedoch teilweise in der Praxis erfolgen könnte. In grenzüberschreitenden Verträgen ist das Rechtsfluchtrisiko aufgrund des deutschen AGB-Rechts höher. Außerdem zeigen die Daten, dass je größer die Unternehmen sind, desto größer auch das Rechtsfluchtrisiko ist. Zudem beeinflussen zugrundeliegende Mechanismen die Rechtswahl und retardieren Veränderungen der favorisierten Rechtswahl im unternehmerischen Verkehr durch Netzwerk- und Lock-in-Effekte (Buchst. D). Eine Reform des AGB-Rechts würde viele der Anreizfaktoren unverändert zurücklassen und sich nur auf einige wenige auswirken (Buchst. E).

Eine Reform des AGB-Rechts allein würde keine sofortige oder grundlegende Veränderung in der unternehmerischen Rechtswahl in internationalen Handelsverträgen hervorrufen. Da das AGB-Recht nicht der einzige oder

ausschlaggebende Faktor für die Rechtswahl in unternehmerischen Verträgen ist, ist es auch nicht der ausschlaggebende Faktor für Unternehmen, vor der deutschen Rechtsordnung zu „flüchten“. Eine Reform des deutschen AGB-Rechts würde mithin nicht garantieren, dass sich die Attraktivität des Rechtsstandorts Deutschland und dessen Wahl in Verträgen und als Forum schlagartig verstärkt. Das Reformziel einer vermehrten Rechtswahl des deutschen Rechts kann somit nicht allein durch eine AGB-Reform erreicht werden.

Trotzdem bedeutet die hier vertretene Streuung von Zweifeln bezüglich einer Ursächlichkeit des deutschen AGB-Rechts für Auslandsrechtswahlen keinesfalls das Anraten eines generellen Stillhaltens für den deutschen Gesetzgeber. Nur die langsame Etablierung eines „attraktiven“ Rechtsstandortes und einer „attraktiven“ Rechtsordnung erscheint geeignet, den Marktanteil Deutschlands im gewählten Vertragsrecht zu erhöhen. Die gewachsenen Strukturen derzeit favorisierter Rechtsordnungen können nicht durch eine „einfache“ AGB-Reform in Deutschland aufgeholt werden. Somit hätte eine Reform des deutschen AGB-Rechts (allein) höchstens eine geringe Auswirkung auf die Attraktivität des deutschen Rechts in unternehmerischen Verträgen.

Die Analyse zeigt daneben, dass verschiedene Faktoren des Zivilprozessrechts die unternehmerische Rechtswahl beeinflussen. Hierzu gehören die „englische Sprache/Vielsprachigkeit“, das „Forum“ inklusive des forumsverbundenen Faktors der „Qualität und Erfahrung der Richter und Gerichte“, die „Rechtstradition (*common law/civil law*)“. Als unter diesen Faktoren beeinflussbare Faktoren sind die „englische Sprache/Vielsprachigkeit“ und die „Qualität und Erfahrung der Richter und Gerichte“ anzusehen. Wenn diese Faktoren ein starkes Gewicht in der Rechtswahl für unternehmerische Verträge haben, dann sollten auch diese in Reformbestrebungen berücksichtigt werden. Eine Beeinflussung dieser Faktoren spielt sich jedoch im Zivilprozessrecht ab. Die Bestrebungen der diversen Gesetzesanträge des Bundesrates³³⁷ beim Bundestag und die mit dem gleichen Ziel agierende „Justizinitiative Frankfurt 2017“³³⁸ stellen demnach einen wichtigen Schritt in die richtige Richtung dar. Auch der Bundesrat ist der Auffassung, dass die Attraktivität des Gerichtsstandortes Auswirkungen auf die Frage der Rechtswahl hat, da das deutsche Recht kaum gewählt werde, wenn als Gerichtsstand ein ausländisches Forum gewählt werde.³³⁹ Dies stimmt mit dem oben gefundenen zugrundeliegenden Mechanismus der „engen Verknüpfung von Rechtswahl und Forum“ überein. Da eine AGB-Reform diese Aspekte des Forums nicht zu

³³⁷ BR-Drs. 42/10; BR-Drs. 93/14; BR-Drs. 53/18 mit Gesetzentwurf im Bundestag BT-Drs. 19/1717.

³³⁸ Zur Initiative: Hess, The Justice Initiative Frankfurt am Main 2017, 31.3.2017, <<http://conflictoflaws.net/2017/the-justice-initiative-frankfurt-am-main-2017-law-made-in-frankfurt/>>.

³³⁹ BR-Drs. 53/18, S. 5 f.

verändern vermag, sind diese prozessualen Aspekte bei den Reformüberlegungen zu berücksichtigen. Somit könnte eine parallele Reform dieser prozessualen Aspekte gemeinsam mit einer AGB-Reform die tatsächlichen Ziele der Reformbefürworter einer AGB-Reform ermöglichen.

Kapitel 4

AGB-Kontrolle der Haftungsbeschränkungsklauseln in anderen Rechtsordnungen – Rechtsvergleich mit England, Schweiz und Frankreich

Immer wieder taucht die Empfehlung für deutsche Unternehmen auf, eine Rechtsflucht ins Schweizer Recht oder ins englische Recht in ihren Handelsverträgen zu unternehmen, um den Herausforderungen und der umfassenden Kontrolle der §§ 305 ff. BGB zu entfliehen.¹ Die Analyse des Kapitel 3 hat gezeigt, dass eine Kausalität des AGB-Rechts für eine Rechtsflucht eher gering ist – zumindest kein Massenphänomen – und erst recht in inländischen Vertragsverhältnissen selten eine solche Kausalität besteht. Dennoch verbleibt ein Rechtsfluchtrisiko beziehungsweise kein Rückkehrinteresse in die deutsche Rechtsordnung deutscher Unternehmen aufgrund der §§ 305 ff. BGB bei einer zwar kleinen, aber dennoch bestehenden Anzahl von Unternehmen. Das Rechtsfluchtrisiko ist dabei einerseits in grenzüberschreitenden Verträgen höher als in rein deutschen inländischen Verträgen und andererseits höher, je größer das Unternehmen ist.² Es stellt sich für die Unternehmen, die eine Rechtsflucht begehen, jedoch die Frage, ob in ihren Handelsverträgen eine solche Rechtsflucht auf der Suche nach einer liberaleren AGB-Kontrollen erfolgreich wäre oder aber die auserkorene andere Rechtsordnung nur geringfügig oder überhaupt nicht mehr Liberalität für Haftungsausschlussklauseln in AGB zulässt.

Ob das AGB-Recht in den typischerweise von Unternehmen auserkorenen ausländischen Rechtsordnungen tatsächlich liberaler als die deutsche AGB-Kontrolle hinsichtlich Haftungsausschlussklauseln ist, ist Gegenstand der Analyse dieses Kapitels. Nach Ansicht mancher liege ein signifikanter Unterschied zwischen der favorisierten und der deutschen Rechtsordnung hinsichtlich der AGB-Kontrolle darin, dass in vielen ausländischen Rechtsordnungen

¹ Vgl. Empfehlung bzw. Hinweis auf eine Rechtsfluchtmöglichkeit in diese Rechtsordnungen bspw. durch *Hobeck*, *SchiedsVZ* 2005, 108, 112; *Berger*, *ZIP* 2006, 2149, 2149; *Lischek / Mahnken*, *ZIP* 2007, 158, 163; *Berger*, *NJW* 2010, 465, 467; *Müller / Schilling*, *BB* 2012, 2319, 2319; *Weller / Benz / Thomale*, *ZEuP* 2017, 250, 252; *Fuchs*, in: *Ulmer / Brandner / Hensen*, *AGB-Recht*, 12. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn. 371.

² Zum Zusammenhang zwischen Unternehmensgröße und internationaler Ausrichtung des Unternehmens mit dem Risiko der Rechtsflucht siehe Ausführungen in Kapitel 3, insb. Kapitel 3 – C.IV.2. Zum Umgang mit diesen Erkenntnissen und deren Konsequenzen für die Reformüberlegungen siehe Kapitel 5 – C.III.

eine geltungserhaltende Reduktion in Betracht kommen würde, die im deutschen AGB-Recht unzulässig sei.³ *Leuschner* schreibt auf Grundlage seiner Umfrageergebnisse dem deutschen Recht eine Sonderrolle im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen zu, da es den Unternehmen nicht ermögliche, seines Erachtens nach notwendige Haftungsbeschränkungen wirksam durchzusetzen.⁴ Insbesondere die Rechtsordnungen Englands und der Schweiz tauchen immer wieder als beworbene Alternativen für deutsche Unternehmen in der Diskussion auf. In der Folge wird mancherseits ein Rechtsfluchtrisiko aufgrund der Strenge des deutschen AGB-Rechts durch Unternehmen im B2B-Verkehr bemängelt beziehungsweise befürchtet. Ergibt ein Vergleich der Rechtsordnungen, dass das deutsche Recht tatsächlich viel strenger in der Handhabung der AGB-Kontrolle gegenüber Haftungsbeschränkungsklauseln im B2B-Verkehr ist und sich der deutsche Gesetzgeber folglich an diesen durch Unternehmen präferierten Rechtsordnungen ein Beispiel nehmen sollte? Zur Beantwortung dieser Frage ist die Handhabung der AGB-Kontrolle der führenden Marktteilnehmer zu erörtern.

Welches die marktführenden Rechtsordnungen für unternehmerische Verträge in Europa sind, wird durch Hinzuziehung empirischer Daten zunächst herausgearbeitet (Buchst. A.). Sodann wird im Einzelnen auf die Handhabung der AGB-Kontrolle bezüglich Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Verkehr in diesen Rechtsordnungen eingegangen und mit der Rechtslage in Deutschland verglichen (Buchst. B–C). Dabei wird analysiert, ob eine „Flucht“ in diese anderen Rechtsordnungen tatsächlich eine sinnvolle und rationale Lösung für Unternehmen, insbesondere deutsche Unternehmen, darstellt. Zudem wird auf eine weitere europäische Rechtsordnung eingegangen – das französische Recht –, die jüngst ihre AGB-Kontrolle reformiert hat und als eine nicht originär englischsprachige *civil law*-Jurisdiktion innerhalb der EU eine ähnliche Wettbewerbslage wie die deutsche Rechtsordnung in Europa hat (Buchst. D). In einem abschließenden Abschnitt wird sodann ein Fazit des Rechtsvergleichs und der sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Reformfrage des deutschen AGB-Rechts in unternehmerischen Verträgen herausgearbeitet (Buchst. E).

A. Bevorzugte unternehmerische Wahl

Welches Vertragsrecht und welches Forum ist derzeit die bevorzugte unternehmerische Wahl in internationalen Handelsverträgen in Europa? Eine

³ So *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 5.

⁴ *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 10.

Durchsicht der Ergebnisse einer Reihe empirischer Studien, die von unterschiedlichen Institutionen in den letzten zwölf Jahren veröffentlicht wurden, ermöglicht eine empirische Einsicht bei der Analyse dieser Frage. Das Heranziehen von Statistik und mithin empirischer Forschungen in der Rechtsmethodik ist eine Ergänzung, die weitere logische Schlussfolgerungen neben anderen Argumenten in der Abwägung ermöglicht.⁵ Zu den verschiedensten getätigten empirischen Studien im Bereich der Rechtswissenschaft gehörten schon früh solche zum AGB-Recht.⁶ So können empirische Methoden die normativen Erwägungen keinesfalls ersetzen, jedoch ihre Normauslegung untermauern.⁷

Die analysierten Studien deuten darauf hin, dass die Wahl des englischen Rechts, gefolgt von der des Schweizer Rechts, die von europäischen Unternehmen favorisierte Rechtswahl ist. Gleiches gilt hinsichtlich des bevorzugten Streitbeilegungsforums in internationalen Handelsverträgen: Auch hier ist das englische Forum, gefolgt von dem Schweizer Forum, der favorisierte Streitbeilegungsort.

I. Bevorzugte Rechtswahl der Unternehmen

Die vorherrschende Rechtswahl der Unternehmen in internationalen Handelsverträgen ist den empirischen Daten zufolge die des englischen materiellen Rechts.⁸ Gleichzeitig ist auch die Schweizer Rechtsordnung eine beliebte Rechtsordnung unter den europäischen Rechtsordnungen in internationalen Handelsverträgen. Die 100 befragten europäischen Unternehmen der *Oxford Civil Justice Survey* (2008) antworteten, dass ihre bevorzugte Wahl des auf den Vertrag anwendbaren Rechts („preferred choice of governing contract law“) bei der Durchführung grenzüberschreitender Transaktionen das englische Recht sei.⁹ Vergleichsweise antworteten in der *BIICL Survey* (2015)

⁵ Vgl. ähnlich auch zu empirischen Herangehensweisen im Zivilrecht *Hamann / Hoefl*, AcP 217 (2017), 311, 312.

⁶ *Hamann / Hoefl*, AcP 217 (2017), 311, 313.

⁷ *Hamann / Hoefl*, AcP 217 (2017), 311, 315.

⁸ In der Mehrheit der Studien tauchte das englische Recht als meist benannte Rechtswahl auf (dazu sogleich). Einzige Ausnahme ist die deutsche *Leuschner*-Studie (2014), in der ausnahmsweise das Schweizer Recht als meist benannte Rechtswahl auftrat, gefolgt vom englischen Recht. Siehe auch *Rühl*, „Building Competence in Commercial Law in the Member States“, Study for the JURI Committee (Sept. 2018), S. 10. Ebenfalls ist das englische Recht die vorherrschende Rechtswahl in der *Oxford European Contract Law Study* 2005, *Vogenaier / Weatherill*, *The Harmonisation of European Contract Law* (2006), 105, 123 f. (Table 5 und 6).

⁹ *Oxford Civil Justice Survey* (2008), Frage 17.1, 17.2, S. 14. Die top drei Antworten waren: English law (23 %), Swiss law (19 %) und German law (14 %). Multiple Antworten waren möglich. Dies sind die Antworten der Frage 17.2, die sämtliche Antworten der Befragten berücksichtigt. Berücksichtigt man nur die je erste Antwort der Befragten, ver-

unter den 224 Umfrageteilnehmern 54,9 % (123 Umfrageteilnehmer) positiv darauf, dass sie in den letzten fünf Jahren eine Rechtswahlklausel zugunsten des englischen Rechts vereinbart oder empfohlen hätten.¹⁰ Bei der Frage nach dem ungefähren Prozentsatz der Rechtswahlklauseln zugunsten des englischen Rechts gaben 18,8 % der Befragten an, englisches Recht in der überwiegenden Mehrheit der Fälle (90–100 %) zu wählen und zusätzliche 34,4 % wählten englisches Recht in den meisten ihrer Fälle (60–90 %).¹¹

Im Bereich der schiedsgerichtlichen Streitbeilegung überwiegt abermals die Wahl des englischen materiellen Rechts: In der *Queen Mary Survey* (2010) wählten die Befragten am häufigsten als anwendbares Recht das „Recht der Heimatrechtsordnung“ („law of home jurisdiction“) und am zweitmeisten das englische Recht.¹² In einer Studie von mehr als 4.400 internationalen Verträgen von etwa 12.000 Parteien, die in Schiedsverfahren unter der Ägide der *International Chamber of Commerce* partizipiert haben, dominierte das Recht von fünf Rechtsordnungen weltweit den internationalen Markt für Verträge. Unter diesen fünf Rechtsordnungen präferieren die kaufmännischen Parteien stark das Recht zweier dieser Rechtsordnungen – das englische und das Schweizer Recht.¹³ Überdies antworteten die Schiedsexperten in der deutschen *Leuschner*-Studie (2014), dass wenn für einen rein inländischen (hier also deutschen) Sachverhalt ausländisches Recht (als materielles Recht) gewählt wird, dies am häufigsten das Schweizer Recht (79,3 %) oder das englische Recht (49,6 %) sei.¹⁴ Weiter hatten im *London Court of International Arbitration* (LCIA) im Jahr 2017 85 % der Fälle eine Rechtswahl zugunsten des englischen Rechts.¹⁵ Im Jahr 2018 unterlagen 76 % der Fälle des LCIA dem englischen Recht und im Jahr 2019 wählten die Parteien in 81 % der Fälle das englische Recht als anwendbares Recht.¹⁶

Nach der den empirischen Daten zufolge vorherrschenden Wahl der Unternehmen des englischen Rechts in Handelsverträgen stellt das Schweizer

ändert dies die Zahlen zu England (21 %), Germany (16 %), France (14 %), Switzerland (14 %), Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 17.1, S. 14.

¹⁰ BIICL Survey (2015), Q15, S. 48.

¹¹ BIICL Survey (2015), Q16, S. 48. Lediglich 96 von 215 Umfrageteilnehmern beantworteten diese Frage. 18 Befragte (90–100 %), 33 Befragte (60–90 %), 12 Befragte (30–60 %), 33 Befragte (0–30 %).

¹² Die Ergebnisse der drei meistgenannten Antworten waren: „Law of home jurisdiction“ (44 %), „English law“ (25 %), „Swiss law“ (9 %). *Queen Mary Survey* (2010), Chart 9, S. 13.

¹³ *Gilles Cuniberti*, The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws, 34 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* (2014), 455, 509.

¹⁴ *Leuschner-Studie* (2014), Umfrage an Experten der Schiedsgerichtsbarkeit, Frage 7a, S. 200.

¹⁵ LCIA Facts and Figures 2017, Casework Report, S. 9.

¹⁶ LCIA 2018 Annual Casework Report, S. 11; LCIA 2019 Annual Casework Report, S. 13.

Recht ebenfalls eine viel gewählte Rechtsordnung unter den sonstigen europäischen Rechtsordnungen dar. In der *Oxford Civil Justice Survey* (2008) wurde das Schweizer Recht als zweit meist gewählte Rechtswahl angegeben. Es folgten die Wahl des deutschen, des U.S.-Rechts und sodann die des französischen Rechts.¹⁷ Gerade wenn die Unternehmen nicht die Heimatrechtsordnung wählen konnten (diese Antwortoption also ausgeschlossen war unter den Antwortmöglichkeiten), stellt die Schweizer Rechtsordnung eine beliebte Rechtswahl dar. Die meisten Unternehmen in der *Oxford Civil Justice Survey* (2008) gaben an, dass wenn sie nicht ihre Heimatrechtsordnung wählen könnten, dass sodann das Schweizer Recht ihre präferierte Rechtswahl sei.¹⁸

In der *Queen Mary Survey* (2010) wählten die Befragten – nachrangig nach der häufigsten Wahl des „Rechts der Heimatrechtsordnung“ („law of home jurisdiction“) und dem englischen Recht – unter den europäischen Rechtsordnungen ebenfalls das Schweizer Recht als sodann favorisierte Rechtsordnung.¹⁹ Gleichfalls antworteten die Schiedsexperten in der Umfrage der deutschen *Leuschner-Studie* (2014), dass wenn für einen rein inländischen (hier also deutschen) Sachverhalt ausländisches Recht (als materielles Recht) gewählt wird, dies am häufigsten das Schweizer Recht (79,3 %) oder das englische Recht (49,6 %) sei.²⁰ Auch dies zeigt die Beliebtheit des Schweizer Rechts bei europäischen Unternehmen.

II. Bevorzugte Forumswahl der Unternehmen

Ebenfalls besteht den empirischen Daten zufolge auch bei der Forumswahl die vorherrschende Wahl der Unternehmen zugunsten des englischen Forums. Auch hier folgt dann die Wahl eines Schweizer Streitbeilegungsforums.

¹⁷ Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 17.1, 17.2, S. 14. Die top fünf Antworten waren: englisches Recht (23 %), Schweizer Recht (19 %), deutsches Recht (14 %), U.S.-Recht (10 %) und französisches Recht (9 %). Multiple Antworten waren möglich. Dies sind die Antworten der Frage 17.2, die sämtliche Antworten der Befragten berücksichtigt. Berücksichtigt man nur die je erste Antwort der Befragten, verändert dies die Zahlen zu England (21 %), Deutschland (16 %), Frankreich (14 %), Schweiz (14 %), Niederlande (9 %), Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 17.1, S. 14.

¹⁸ Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 17.3, S. 15 – die Prozentzahlen gelten für die jeweils erste Wahl der Befragten. Schweizer Recht (28 %), englisches Recht (23 %), deutsches Recht (12 %), U.S.-Recht (10 %), die andere Vertragspartei (8 %) und französisches Recht (7 %), Sonstige (7 %). Berücksichtigt man die Gesamtantworten wie in Frage 17.4, S. 15, so verändert sich die Zahlen nur leicht zu 29 % Schweiz, 23 % England, 14 % U.S., 10 % Deutschland, 6 % Frankreich, 6 % die andere Vertragspartei und 6 % Sonstige.

¹⁹ Die Ergebnisse der fünf meistgenannten Antworten waren: „Law of home jurisdiction“ (44 %), englisches Recht (25 %), Schweizer Recht (9 %), New Yorker Recht (6 %) und französisches Recht (3 %). Queen Mary Survey (2010), Chart 9, S. 13.

²⁰ Leuschner-Studie (2014), Umfrage an Experten der Schiedsgerichtsbarkeit, Frage 7a, S. 200.

Die analysierten empirischen Daten legen nahe, dass London das am meisten durch Unternehmen in internationalen Handelstransaktionen in Europa gewählte Forum, zumindest, wenn eine Partei die Wahl ihrer Heimatjurisdiktion nicht durchsetzen kann, ist.²¹ In der *Oxford Civil Justice Survey* (2008) antworteten die Unternehmen, dass ihre bevorzugte Forumswahl („preferred choice of forum“) in grenzüberschreitenden Handelsverträgen England wäre.²² Bei der Befragung derselben Unternehmen danach, welches europäische Land ihrer Ansicht zufolge das vorteilhafteste System der Zivilgerichtsbarkeit („civil justice system“) hätte, wurde England an erster Stelle genannt.²³ In der *BIICL Survey* (2015) haben unter den 224 Befragten 51,3 % (115 Befragte) positiv darauf geantwortet, dass sie in den letzten fünf Jahren eine Gerichtsstandsklausel zugunsten der englischen Gerichte vereinbart oder empfohlen hätten.²⁴

Zudem hat der *London Commercial Court* eine stark international geprägte Fallanzahl, insbesondere im Vergleich zu den staatlichen Gerichten anderer EU-Mitgliedstaaten. Dem *Portland Commercial Courts Report 2020* zufolge machten in der Zeit zwischen April 2019–März 2020 Prozessparteien von außerhalb des Vereinigten Königreichs 55 % der Nutzer des *London Commercial Courts* aus.²⁵ Den Berichten der Vorgängerjahre zufolge war der Anteil der Prozessparteien vor dem *London Commercial Court* von außerhalb des Vereinigten Königreichs in der Zeit zwischen März 2018–März 2019 60 % (*Portland Commercial Courts Report 2019*)²⁶ sowie von März 2017–April 2018 59,3 % (*Portland Commercial Courts Report 2018*).²⁷ Dies ist in Übereinstimmung mit den Daten, die die *Admiralty and Commercial Courts* der *BIICL Survey* (2015) zur Verfügung gestellt haben. Diese Daten lassen erkennen, dass seit 2010 in rund 80 % der *Commercial Court Cases* jährlich mindestens eine ausländische Partei beteiligt war und in nahezu 50 % aller

²¹ Siehe auch zum selben Ergebnis kommand: *Rühl*, „Building Competence in Commercial Law in the Member States“, Study for the JURI Committee (Sept. 2018), S. 10. Für eine vertiefte Ausführung zur Bevorzugung zunächst des Heimatrechts und sodann eines neutralen Rechts, s.o. Kapitel 3 – D.I.

²² Top 5 Antworten: England (17 %), Schiedsverfahren (16 %), Italien (12 %), Deutschland (10 %) und Schweiz (10 %). *Oxford Civil Justice survey* (2008), Frage 30, S. 26.

²³ *Oxford Civil Justice Survey* (2008), Frage 37.1, 37.2, S. 34, 35. Multiple Antworten waren möglich. Beachtet man die gesamten Antworten (Frage 37.2), ergeben sich nachfolgende Zahlen: England (26 %), Deutschland (21 %), Schweiz (15 %). Beachtet man nur die erste Antwortoption der Umfrageteilnehmer (Frage 37.1) ergeben sich folgende Zahlen: England (31 %), Deutschland (24 %), Frankreich (11 %), Schweiz (11 %).

²⁴ *BIICL Survey* (2015), Q12, S. 48.

²⁵ *Portland Commercial Courts Report 2020*.

²⁶ *Portland Commercial Courts Report 2019*.

²⁷ *Portland Commercial Courts Report 2018*, S. 1.

Fälle alle Parteien ausländisch waren.²⁸ Die Zahlen in anderen europäischen Staaten zeichnen ein anderes Bild. Beispielsweise offenbaren die Daten der deutschen Gerichte einen wesentlich kleineren Prozentsatz an internationalen Fällen. Den durch das *Statistische Bundesamt* veröffentlichten Daten zufolge waren in den deutschen Landgerichten im Berichtsjahr 2019 nur 2,8 % an internationalen Klägern beteiligt (darunter 1,8 % mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat und 1,0 % mit Sitz außerhalb der EU) und 2,4 % an internationalen Beklagten beteiligt (darunter 1,7% mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat und 0,7 % mit Sitz außerhalb der EU).²⁹

Die Kernaussage, die aus diesen analysierten Daten zu folgern ist, ist, dass das englische materielle Recht und das englische Forum die bevorzugten Wahlen der Unternehmen sind. Inwieweit die Wahl des englischen Rechts jedoch tatsächlich den Unternehmen in Handelsverträgen Vorteile gegenüber der deutschen Rechtsordnung gewährt, wird nachfolgend erörtert.³⁰

Gewisse weitere Unterstützung für diese Erkenntnisse bieten auch aus dem schiedsrechtlichen Blickwinkel die empirischen Daten der *Queen Mary Survey* (2018). In der Studie war der bevorzugte Schiedssitz der 922 Umfrageteilnehmer London, gefolgt von Paris.³¹ Auf Platz drei unter den europäischen Schiedssitzen folgte Genf.³² Natürlich haben der Schiedssitz und das staatliche Forum unterschiedliche rechtliche Bedeutung und Auswirkungen. Jedoch

²⁸ BIICL Survey (2015), S. 10, Abschnitt 4.1. „Foreign“ in der BIICL Survey (2015) – Statistik bedeutet außerhalb von England und Wales („Thus, it includes Scotland and Northern Ireland, Admiralty and Commercial Courts.“). Die statistischen Daten wurden an BIICL am 10. Februar 2014 zur Verfügung gestellt. Aufzeichnungen zu Fällen mit ausschließlich ausländischen Parteien stehen erst seit 2012 fortlaufend zur Verfügung.

²⁹ „Rechtspflege – Zivilgerichte“ (2019), Fachserie 10, Reihe 2.1, Statistisches Bundesamt, S. 60, Nr. 5.3, Zeile 8–15. Im Berichtsjahr 2018 waren ebenfalls in den deutschen Landgerichten nur 2,8 % an internationalen Klägern beteiligt (darunter 1,8 % mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat und 1,0 % mit Sitz außerhalb der EU) und 2,6 % an internationalen Beklagten beteiligt (darunter 1,8 % mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat und 0,8 % mit Sitz außerhalb der EU), vgl. „Rechtspflege – Zivilgerichte“ (2018), Fachserie 10, Reihe 2.1, Statistisches Bundesamt, S. 60, Nr. 5.3, Zeile 8–15. Gleichfalls waren im Berichtsjahr 2017 in den deutschen Landgerichten nur 2,7 % an internationalen Klägern beteiligt (darunter 1,7 % mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat und 1,0 % mit Sitz außerhalb der EU) und 2,7 % an internationalen Beklagten beteiligt (darunter 1,9 % mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat und 0,8 % mit Sitz außerhalb der EU), vgl. „Rechtspflege – Zivilgerichte“ (2017), Fachserie 10, Reihe 2.1, Statistisches Bundesamt, S. 60, Nr. 5.3, Zeile 8–15.

³⁰ Ausführungen zu Haftungsbeschränkungsklauseln im englischen Recht siehe Kapitel 4 – B.

³¹ Umfrageantworten: London (64 %), Paris (53 %). Den Umfrageteilnehmern war es gestattet bis zu fünf Schiedssitze aufzuzählen. Daher ist auch eine Summe über 100 % möglich. *Queen Mary Survey* (2018), Chart 6, S. 9.

³² Nach London (64 %) und Paris (53 %) folgten Singapur (39 %) und Hong Kong (28 %), und sodann folgte als dritter europäischer Sitz Genf (26 %). *Queen Mary Survey* (2018), Chart 6, S. 9.

ist interessant, dass die bevorzugte Wahl der Unternehmen des staatlichen Forums und des Schiedssitzes übereinstimmen. Ebenfalls war bereits in der *Queen Mary Survey* (2010) der bevorzugte Schiedssitz der Umfrageteilnehmer London (30 %), gefolgt von einem weiten Abstand zum zweitmeist gewählten Schiedssitz Genf (9 %).³³

Nachdem das englische Forum sowohl in der staatlichen Streitbeilegung als auch im Schiedsverfahren die bevorzugte Wahl der Unternehmen den empirischen Daten zufolge ist, taucht auch bei der Forumswahl hinter London als beliebtes europäisches Forum erneut die Schweiz auf – vergleichsweise wie die Reihenfolge bei der Rechtswahl. Unter der bevorzugten Forumswahl („preferred choice of forum“) in grenzüberschreitenden Handelsverträgen in der *Oxford Civil Justice Survey* (2008) gaben die Unternehmen neben ihrer bevorzugten Wahl des englischen Forums auch als häufige Wahl ein schweizerisches Forum an.³⁴ Wenn man bei der Unternehmensbefragung die Wahl der Heimatjurisdiktion ausschließt, wird die Beliebtheit des Schweizer Streitbeilegungsortes noch eindeutiger.³⁵ Ebenfalls aus schiedsrechtlicher Perspektive taucht das Schweizer Forum als beliebter Schiedssitz in den empirischen Daten der *Queen Mary Survey* (2010) und (2018) auf.³⁶

B. Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr im englischen Recht

Englisches Recht erfreut sich hoher Beliebtheit im internationalen Wirtschaftsverkehr.³⁷ Manche bezeichnen das englische Vertragsrecht im Bereich der internationalen Kaufverträge geradezu als „vernichtenden Wettbewerber“ (*devastating competitor*) aufgrund seiner dominierenden Position in diesem

³³ Die Ergebnisse der drei meistgenannten Antworten waren: London (30 %), Genf (9 %), Paris (7 %). *Queen Mary Survey* (2010), Chart 15, S. 19.

³⁴ „When conducting cross-border transactions, what is your preferred choice of forum?“, Top 6 Antworten: England (17 %), Schiedsverfahren (16 %), Italien (12 %), Deutschland (10 %), Schweiz (10 %) und Frankreich (9 %). *Oxford Civil Justice survey* (2008), Frage 30, S. 26.

³⁵ „If the answer to Question 30 was your home jurisdiction, what is your preferred forum other than your home jurisdiction?“ – Multiple Antworten waren möglich. Die Top 6 Antworten waren: Schweiz (19 %), Sonstige (16 %), England (14 %), Frankreich (13 %), Schiedsverfahren (10 %) und Deutschland (10 %). *Oxford Civil Justice Survey* (2008), Frage 31.1, S. 26.

³⁶ Siehe Daten aus vorherigem Absatz.

³⁷ Siehe analysierte empirische Daten in Kapitel 4 – A.I. Ebenso: *Sir William Blair*, „Contemporary Trends in the Resolution of International Commercial and Financial Disputes“, Durham University, ICCL Lecture 2016, S. 5.

Bereich.³⁸ Auch das englische Forum, insbesondere London, hat für internationale Streitigkeiten eine hohe Attraktivität und vorherrschende Stellung.³⁹ In welchen Aspekten der Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln in unternehmerischen Verträgen unterscheidet sich jedoch das englische Recht wesentlich vom deutschen Recht? Welche Aspekte in dieser Hinsicht das englische Recht⁴⁰ für die unternehmerische Rechtswahl in grenzüberschreitenden Handelsverträgen attraktiver als die deutsche Rechtsordnung machen könnten, soll hier in einer rechtsvergleichenden Analyse erörtert werden.

Das allgemeine Vertragsrecht (*general contract law*) des englischen Rechts ist weitestgehend nicht kodifiziert, sondern besteht beinahe vollständig aus dem *common law*.⁴¹ Nur in engen Bereichen haben Gesetze (*statutes*) diesen Grundsatz durchbrochen. Zu diesen engen Bereichen zählt unter anderem der „Unfair Contract Terms Act 1977“ (nachfolgend: UCTA 1977)⁴², der wiederum nicht für alle Klauseln gilt, sondern auf die Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln begrenzt ist.⁴³ Vertragsklauseln unterliegen im englischen Recht somit einerseits der Kontrolle durch *common law rules* (Ziff. I) und den *principles of construction* (Ziff. II). Neben diesen Kontrollmechanismen müssen Haftungsbeschränkungsklauseln jedoch auch dem *test of reasonableness* in unternehmerischen Verträgen (*non-consumer contracts*) standhalten. Die Kontrolle der seit 1977 die *common law rules* und die *prin-*

³⁸ Morgan, Contract law minimalism (2013), S. 181.

³⁹ Siehe ebenso die in Kapitel 4 – A.II analysierten empirischen Daten. Vgl. ebenso: Fentiman, International commercial litigation (2015), Rn. 1.15; Poseck, DRiZ 2017, 165.

⁴⁰ Im nachfolgenden Teil bezieht sich der Terminus „englisches Recht“ auf das in England, als Teilrechtsgebiet des Vereinigten Königreichs, anwendbare Recht. Das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland bildet keinen einheitlichen Rechtsraum mit überall gleichmäßig anwendbaren Normen, sondern gliedert sich in die drei Teilrechtsordnungen von England und Wales, Nordirland und Schottland. Es bestehen zwar in nicht geringem Umfang Gesetze, die durch das Parlament von Westminster erlassen wurden und für das gesamte Vereinigte Königreich gelten, doch existieren für die Teilrechtsgebiete auch zahlreiche – teils vom Parlament von Westminster, teils durch jeweils eigene gesetzgebende Versammlungen der Teilrechtsgebiete verabschiedete – gesonderte Regelungen, die nur für die jeweilige Teilrechtsordnung Geltung beanspruchen. Die Analyse berücksichtigt die englischen Vorschriften sowie die Vorschriften, die im gesamten Vereinigten Königreich gelten. Besonderheiten für das Recht anderer Teilrechtsgebiete des Vereinigten Königreichs werden nachfolgend außer Betracht gelassen, da die für die Analyse interessanten Fragen der Einblick in das viel gewählte materielle Vertragsrecht Englands und des englischen Forums (insbesondere London) ist.

⁴¹ Whittaker, in: The Code Napoléon Rewritten (2017), Contracts, Contract Law and Contractual Principle, S. 39.

⁴² UCTA, abrufbar unter: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50?view=plain>>.

⁴³ Whittaker, in: The Code Napoléon Rewritten (2017), Contracts, Contract Law and Contractual Principle, S. 39. Andere Beispiele sind der Misrepresentation Act 1967 oder der Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 aus dem Bereich des allgemeinen Vertragsrechts oder als Regelung für einen speziellen Vertragstyp der Sale of Goods Act 1979.

principles of construction ergänzenden kodifizierten Regelungen des UCTA 1977 werden im Anschluss dargestellt (Ziff. III). Der UCTA 1977 stellt die Grundlage für die Kontrolle von Haftungsbeschränkungen in Handelsverträgen seit seinem Inkrafttreten dar.⁴⁴ Dennoch behalten die *common law rules* und die *principles of construction* gewisse Bedeutung. Sodann werden weitere wettbewerbsstärkende Faktoren des englischen Vertragsrechts beziehungsweise allgemeinen Rechts beleuchtet (Ziff. IV). Bestimmte Faktoren könnten sich jedoch auch durch eine veränderte Wettbewerbslage Englands nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU verändern (Ziff. V). Abschließend wird nach einem Fazit zum englischen Recht (Ziff. VI) ein Vergleich des englischen Rechts zum deutschen Recht gezogen (Ziff. VII).

I. *Common law rules als Kontrolle von Vertragsklauseln*

Vertragsklauseln unterliegen vor britischen Gerichten zunächst einer Prüfung anhand der *common law rules* und den *principles of construction*, bevor eine Prüfung und Anwendbarkeit der gesetzlichen Regelungen des UCTA 1977 durch die Gerichte erörtert wird.⁴⁵ Im Bereich der Kontrolle von Vertragsklauseln haben die legislativen Entwicklungen die Bedeutung der *common law rules* zwar erheblich reduziert, jedoch behalten sie Relevanz.⁴⁶ Dabei konkretisiert oder ergänzt das kodifizierte Recht meist nur das bestehende *common law*, anstatt es grundsätzlich zu reformieren.⁴⁷ Die *common law rules* haben verschiedene Ausprägungen im Hinblick auf die Kontrolle von Vertragsklauseln.⁴⁸

Hinsichtlich Haftungsausschlussklauseln verwehrt das *common law* einer Vertragspartei das Berufen auf eine solche Klausel, wenn sie die Wirkung der Ausschlussklausel falsch dargestellt hat (*misrepresentations as to effect of exemption of clause*).⁴⁹ Darüber hinaus bestimmen die Regeln des *common law*, dass einer Partei, die sich eigentlich auf einen vertraglichen Haftungsausschluss berufen könnte, dieser Rückgriff verwehrt ist, wenn sie eine ausdrückliche mündliche Garantie erklärt hatte, die dem Sinn der schriftlichen Haftungsausschlussklausel zuwider laufen würde.⁵⁰ Daneben darf nach den

⁴⁴ Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-007.

⁴⁵ O'Sullivan, The Law of Contract, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.3.

⁴⁶ Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 1-006; O'Sullivan, The Law of Contract, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.3.

⁴⁷ Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 1-006.

⁴⁸ Ausführlich hierzu siehe: Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-146–15-151.

⁴⁹ Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-146 m. w. N.

⁵⁰ *Couchman v Hill* [1947] K.B. 554, 559 f.; Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-148.

common law rules die Haftung einer Partei für ihr eigenes betrügerisches Verhalten (*fraud*) grundsätzlich nicht eingeschränkt werden.⁵¹ Unklar ist jedoch, ob derselbe strenge Maßstab der Haftung des Auftraggebers (*principal*) für den Beauftragten (*agent*) gilt.⁵² Ein solcher Ausschluss müsste zumindest ausdrücklich und eindeutig erfolgen.⁵³

Trotz der verschiedenen Beschränkungen des *common law* für Haftungsbeschränkungsklauseln in Verträgen besteht jedoch keine generelle Kontrolle anhand der *reasonableness* von Haftungsbeschränkungsklauseln im *common law* außerhalb der im UCTA 1977 und dem *Consumer Rights Act 2015* (CRA 2015)⁵⁴ statuierten Gründe.⁵⁵

II. *Principles of construction als Kontrolle von Vertragsklauseln*

Daneben besteht eine Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im englischen Recht anhand der *principles of construction*. Verschiedene Ausprägungen dieser Prinzipien schränken Haftungsbeschränkungsklauseln ein beziehungsweise legen Regeln zu deren Auslegung fest. Dabei versuchen die *principles of construction* das Ungleichgewicht in Verträgen, wenn eine Partei ihre Haftung beschränken oder ausschließen will, auszugleichen.⁵⁶

Zunächst müssen nach den *principles of construction* Haftungsausschlussklauseln klar und eindeutig formuliert sein (*clear and unambiguous expression*), um nicht dem Risiko einer Unwirksamkeit ausgesetzt zu sein.⁵⁷ Dies bedeutet dabei jedoch gleichzeitig, dass wenn eine Klausel eindeutig und klar formuliert ist, sie nicht künstlich anders interpretiert werden darf, um den Ausschluss der Haftung unwirksam zu machen.⁵⁸ Zudem müssen Klauseln nach den *principles of construction* auch das haftungsbegründende Ereignis von ihrem Wortlaut her umfassen und dürfen nicht mit dem Hauptzweck des Vertrages im Widerspruch stehen.⁵⁹

⁵¹ Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-150; Leuschner/Meyer, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 100. Dazu siehe u.a. *S. Pearson & Son Ltd v Dublin Corp* [1907] A.C. 351, 353 f.; *Spread Trustee Co Ltd v Hutcheson and others* [2011] UKPC 13, 1360, 1370.

⁵² Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-150.

⁵³ Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-150.

⁵⁴ In Kraft seit 1.10.2015, <<https://www.lawcom.gov.uk/project/unfair-terms-in-consumer-contracts/>>.

⁵⁵ Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-149 m. w. N.

⁵⁶ Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-001.

⁵⁷ Siehe bspw. *Alisa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd* [1983] 1 W.L.R. 964, 966, 970; siehe hierzu umfassend: Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-008 m. w. N.

⁵⁸ *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827, 846.

⁵⁹ Zu beidem näher: Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-009 f.

Darüber hinaus sind nach dem traditionellen *principle of construction* unklare Haftungsausschlussklauseln *contra proferentem* auszulegen.⁶⁰ Dies zieht zwei rechtliche Konsequenzen mit sich. Erstens ist demnach eine unklare Klausel zum Nachteil der Partei auszulegen, die das Dokument in den Vertrag eingebracht hat.⁶¹ Und zweites sich daraus ableitende *principle of construction* ist, dass die Beweislast, dass der konkrete Fall unter die Haftungsausschlussklausel passt, der Partei obliegt, die sich auf den Haftungsausschluss der Klausel berufen will.⁶² Bei der Auslegung *contra proferentem* berücksichtigen die Gerichte jedoch stets die Professionalität unternehmerischer Parteien und beachten das unternehmerische Umfeld. In einem unternehmerischen Kontext greifen die Gerichte sodann entsprechend restriktiver ein.⁶³ Dabei darf das *contra proferentem*-Prinzip nicht zu einer Rechtfertigung dafür werden, den ausdrücklich statuierten Willen der Parteien später außer Kraft zu setzen, wenn eine gleiche Verhandlungsmacht der Parteien vorliegt.⁶⁴ In *Persimmon Homes Ltd v Ove Arup & Partners Ltd* [2017] hat das Gericht trotz der *contra proferentem*-Regel einer Haftungsfreizeichnungsklausel in einem unternehmerischen Vertrag, gerade aufgrund des unternehmerischen Umfeldes und Parteien mit gleichstarker Verhandlungsmacht, Wirkung zugesprochen.⁶⁵

Ebenso hat der *Supreme Court* in der Entscheidung *Impact Funding Solutions Ltd v AIG Europe Insurance Ltd* [2016] entschieden, dass eine Haftungsfreizeichnungsklausel für einen wesentlichen Vertragsbruch (*exclusion of liability for fundamental breach*) wirksam ist. Bedeutsam war dabei, dass unternehmerische Handelspartner fähig sind, sich um ihre eigenen Geschäfte zu kümmern und untereinander frei sein sollen, das Risiko so einzuteilen, wie

⁶⁰ Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-012 ff.; O’Sullivan, *The Law of Contract*, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.7.

⁶¹ Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-012; wie bspw. in *John Lee & Son (Grantham) Ltd v Railway Executive* [1949] 2 All E.R. 581.

⁶² Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-012 und insb. Rn. 15-021; wie bspw. in *Munro Brice & Co v War Risks Association* [1918] 2 K.B. 78, 88.

⁶³ Wie bspw. in *Transocean Drilling UK Ltd v Providence Resources plc* [2016], EWCA Civ 372, 585, 596 und *Persimmons Homes Ltd v Ove Arup & Partners Ltd* [2017] EWCA Civ 373, 683, 694.

⁶⁴ Jackson LJ: „The contra proferentem rule [...]. In relation to commercial contracts, negotiated between parties of equal bargaining power, that rule now has a very limited role.“, in: *Persimmon Homes Ltd v Ove Arup & Partners Ltd* [2017], Rn. 52.

⁶⁵ *Persimmons Homes Ltd v Ove Arup & Partners Ltd* [2017] EWCA Civ 373, 683, 694. So heißt es in der Entscheidung: „The contra proferentem rule requires any ambiguity in an exemption clause to be resolved against the party who put the clause forward and relies upon it. In relation to commercial contracts, negotiated between parties of equal bargaining power, that rule now has a very limited role.“

es ihnen beliebt – ohne richterliche Korrektur.⁶⁶ Auch sei in dieser Entscheidung kein Grund dafür ersichtlich, dass die *contra proferentem rule* in dem unternehmerischen Vertrag intervenieren sollte.⁶⁷ *Toulson LJ* hebt in diesem Zusammenhang hervor, dass „In the case a non-consumer contract [...] business people capable of looking after their own affairs should be free between themselves to apportion risks as they choose.“⁶⁸ Auch diese Entscheidung verdeutlicht mithin, dass die englischen Gerichte die Bedeutung des unternehmerischen Kontextes stark berücksichtigen.

Letzte Entscheidung, die in diesem Zusammenhang hervorzuheben ist, ist *Cargill International SA & Anor v Bangladesh Sugar & Food Industries Corp.* [1998]. In dieser Entscheidung stellte *Potter LJ* fest, dass die *principles of construction* erfordern, dass das Gericht den wirtschaftlichen Hintergrund, den Vertragskontext und die Umstände der Parteien berücksichtigt und prüft, ob vor diesem Hintergrund und in diesem Kontext es zu einem scheinbar unvernünftigen und unfairen Ergebnis führen würde, wenn dem Wortlaut eine bestimmte oder eingeschränkte Bedeutung gegeben wird.⁶⁹ Somit betonte auch *Potter LJ* in der zitierten Entscheidung die Bedeutsamkeit der Beachtung des unternehmerischen Rechtsverkehrs als generelles Prinzip der *principles of construction* für die Vertragsauslegung.

III. *Unfair Contract Terms Act 1977*

Der UCTA ist seit 1. Februar 1978 zur Regulierung von Haftungsausschluss- und -beschränkungsklauseln in bestimmten Bereichen in Kraft.⁷⁰ Er stellt für unternehmerische Verträge (bzw. für *non-consumer contracts*) die wichtigste Ausnahme zur allgemeinen Wirksamkeit von Vertragsklauseln im englischen Recht.⁷¹ Der UCTA 1977 basiert erheblich auf den Empfehlungen der *Law*

⁶⁶ *Impact Funding Solutions Ltd v Barrington Support Services Ltd (formerly Lawyers at Work Ltd) (AIG Europe Ltd, Third Party)* [2016] UKSC 57, 1422, 1432.

⁶⁷ *Impact Funding Solutions Ltd v Barrington Support Services Ltd (formerly Lawyers at Work Ltd) (AIG Europe Ltd, Third Party)* [2016] UKSC 57, 1422, 1426.

⁶⁸ *Toulson LJ* in: *Impact Funding Solutions Ltd v Barrington Support Services Ltd (formerly Lawyers at Work Ltd) (AIG Europe Ltd, Third Party)* [2016] UKSC 57, 1422, 1433.

⁶⁹ *Cargill International SA & Anor v Bangladesh Sugar & Food Industries Corp.*, Court of Appeal (Civil Division), 19.11.1997, [1998] C.L.C. 399, 404. *Potter LJ* statuierte wörtlich: „[...] modern principles of construction require the court to have regard to the commercial background, the context of the contract and the circumstances of the parties, and to consider whether, against that background and in that context, to give the words a particular or restricted meaning would lead to an apparently unreasonable and unfair result.“

⁷⁰ *Cartwright*, *Contract Law*, 3. Aufl. (2016), S. 227; *O’Sullivan*, *The Law of Contract*, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.2; *Pfeiffer*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, *AGB-Recht*, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 64.

⁷¹ *Whittaker*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2019, 404, 423.

Commission und der *Scottish Law Commission* in ihrem zweiten Bericht zu Haftungsausschlussklauseln aus 1975⁷².⁷³ Anders als sein Name es vermuten lässt, betrifft er nicht ungerechte Vertragsklauseln – *unfair contract terms* – im Allgemeinen, sondern nur Haftungsausschlüsse und -beschränkungen.⁷⁴ Diese Einschränkung ist bedeutsam, da der UCTA 1977 bereits eine der wenigen Ausnahmen des allgemeinen Vertragsrechts des englischen Rechts ist, die kodifiziert sind und nicht Teil des ungeschriebenen *common law*.⁷⁵ Es würde die Grundprinzipien des *common law*, der *freedom of contract* und der *binding force of contract*, und ebenso die für den Handelsverkehr so bedeutsame rechtsgeschäftliche Sicherheit (*transactional certainty*) untergraben, wenn Klauselwerke im Allgemeinen (und nicht nur Haftungsbeschränkungsklauseln) einem generellen *test of fairness or reasonableness* unterworfen wären.⁷⁶

1. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des UCTA 1977

Der persönliche Anwendungsbereich des UCTA 1977 gilt seit Inkrafttreten des *Consumer Rights Act 2015* (CRA 2015)⁷⁷ am 1. Oktober 2015 nur noch für unternehmerische Verträge (*non-consumer contracts*).⁷⁸ Das Inkrafttreten des CRA 2015 hat die *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* (UTCCR 1999) im Jahr 2015 ersetzt und dazu geführt, dass der UCTA 1977 signifikant abgeändert wurde, sodass er nun nur noch auf Verträge Anwendung findet, die keine Verbraucherverträge sind.⁷⁹

Sachlich findet der UCTA 1977 sowohl auf Klauselwerke (*written standard forms of business*) als auch auf ausgehandelte Klauseln Anwendung.⁸⁰ Es erfolgt weitestgehend keine Differenzierung in der Klauselkontrolle zwi-

⁷² Law Commission Report No. 69/Scottish Law Commission Rep. No. 39, Second Report on Exemption Clauses in Contracts (1975). Der UCTA ist in drei Teile eingeteilt, von denen Part 1 für England und Wales und Nordirland gilt, Part 2 für Schottland und Part 3 für das gesamte Vereinigte Königreich. Die nachfolgenden Ausführungen fokussieren sich auf Part 1 und 3 der Regelungen, da dies die für die englische Rechtsordnung anwendbaren und relevanten Normen sind.

⁷³ Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-062.

⁷⁴ Zweigert / Kötz, 3. Aufl. 1996, S. 335.

⁷⁵ Whittaker, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *Contracts, Contract Law and Contractual Principle*, S. 39.

⁷⁶ Whittaker, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *Contracts, Contract Law and Contractual Principle*, S. 50.

⁷⁷ <<https://www.lawcom.gov.uk/project/unfair-terms-in-consumer-contracts/>>.

⁷⁸ Cartwright, *Contract Law*, 3. Aufl. (2016), S. 226; Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-005; Andrews, *Arbitration and Contract Law* (2016), Rn. 13.17; Whittaker, *Oxford Journal of Legal Studies* 2019, 404, 423; O'Sullivan, *The Law of Contract*, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.2.

⁷⁹ O'Sullivan, *The Law of Contract*, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.25.

⁸⁰ Vgl. keine Differenzierung zwischen Individualvereinbarung oder AGB in Normen wie Artt. 2 und 6 UCTA 1977.

schen ausgehandelten und nicht ausgehandelten Klauseln. Einzige Ausnahme diesbezüglich ist Art. 3 UCTA 1977, der seine Schranken gem. Abs. 1 nur *written standard terms of business* auferlegt.⁸¹ Inhaltlich findet der UCTA 1977 lediglich auf Haftungsausschlussklauseln und nicht – wie der Name (*unfair contracts terms*) zu einem Fehlschluss verleiten könnte – generell auf alle Arten unfaierer Klauseln Anwendung.⁸² Weitere wichtige Ausnahme aus dem Anwendungsbereich des UCTA 1977 ist die Ausnahme einiger wichtiger Vertragsarten, namentlich Versicherungsverträge und Verträge über den Erwerb oder die Übertragung des geistigen Eigentums oder Wertpapieren⁸³, internationalen Lieferverträge (*international supply contracts*)⁸⁴ und Verträge, die nur Kraft Rechtswahl dem englischen Recht unterliegen^{85, 86}

In der Literatur zum englischen Recht verbleibt Skepsis, warum Klauseln in unternehmerischen Verträgen durch die Gerichte überhaupt kontrolliert werden sollen.⁸⁷ Die Kontrolle von B2B-Verträgen sei von Natur aus kontrovers und es gäbe keine vergleichbar einsichtige Rechtfertigung für eine Kontrolle wie bei Verbraucherverträgen.⁸⁸ Jegliche Einmischung in Verträge zwischen unternehmerischen Vertragspartnern würde zu Lasten der Sicherheit und Vorhersehbarkeit in Handelsgeschäften gehen.⁸⁹ Dem wird jedoch entgegengehalten, dass für eine Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr spreche, dass oft die Partei ihre Vertragsbedingungen der anderen Partei auferlegt, die in einer wirtschaftlich überlegeneren Position ist und somit ihre Vertragsbedingungen dem Vertragspartner vorschreiben kann.⁹⁰

2. Differenzierungsüberlegungen der Law Commissions für den UCTA 1977

Beim Reformieren des UCTA im Jahr 2005 haben die *Law Commission* und die *Scottish Law Commission* verschiedene Differenzierungskriterien angedacht, um kleinen Unternehmen mehr Schutz zu bieten.⁹¹ Auch wenn diese

⁸¹ Siehe so auch: *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 101.

⁸² *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-066; *ders.*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2019, 404, 423.

⁸³ Art. 1 (2), Sch. 1 Abs. 1(a), (c)–(e) UCTA 1977.

⁸⁴ Art. 26 UCTA 1977; siehe ausführlich hierzu Kapitel 4 – B.III.4.a).

⁸⁵ Art. 27 (1) UCTA 1977; siehe ausführlich hierzu Kapitel 4 – B.III.4.b).

⁸⁶ Siehe auch *Whittaker*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2019, 404, 424.

⁸⁷ *O'Sullivan*, *The Law of Contract*, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.42.

⁸⁸ *O'Sullivan*, *The Law of Contract*, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.42.

⁸⁹ *O'Sullivan*, *The Law of Contract*, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.42.

⁹⁰ *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-001; ebenso Diskussion hierzu im Bericht der Law Commission/Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Part 4.

⁹¹ Law Commission/Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Part 5.

Überlegungen letztlich verworfen wurden, sind sie auch für die deutschen Reformüberlegungen interessant.

Die *Law Commissions* hatten den Vorschlag eingebracht, eine intermediäre Kategorie zwischen Verbrauchern und Unternehmen einzufügen, um kleine Unternehmen (*small businesses*) zu schützen.⁹² Der Schutz, den Verbraucher über den UTCCR 1999 erfahren würden, sollte mit bestimmten Ausnahmen auch auf „small business contracts“ Anwendung finden.⁹³ Der Vorschlag, die Klauselkontrolle des UTCCR 1999 auf Unternehmen auszuweiten, um kleinere Unternehmen in Vertragsverhältnissen gegenüber großen Konzernen zu schützen, wurde von den *Law Commissions* bereits 2002 in Spiel gebracht.⁹⁴ Er musste jedoch in dem *Final Report* stark relativiert werden, nachdem die Opposition der *City lawyers* und der *Confederation of British Industry* diesen kritisiert hatten.⁹⁵ Gleichem Schicksal erlag der Vorschlag aus 2005. Auch dieser Vorschlag zur Einführung eines erhöhten Schutzes kleinerer Unternehmen wurde später nicht implementiert.⁹⁶ Im Gegenzug wurde bei der 2015-Reform des UCTA 1977 die Kategorie der *persons dealing as consumer* als Alternative zu *written standard terms of business* des Art. 3 (1) UCTA 1977, um den Schutz der Norm des Art. 3 UCTA 1977 zu erhalten, abgeschafft.⁹⁷ Die Kategorie der *persons dealing as consumer* umfasste auch juristische Personen, die nicht in einem Bereich handelten, die ein integraler Bestandteil ihres Unternehmensgeschäfts darstellen.⁹⁸ Seit der 2015-Reform greift Art. 3 UCTA 1977 nur noch für Fälle in denen eine Vertragspartei auf Grundlage der *written standard terms of business* der anderen Vertragspartei handelt.

Wie sah jedoch die Abgrenzung zwischen *small businesses* und anderen Unternehmen in den Vorschlägen aus? Im Vorschlag der *Law Commissions* aus 2005 wurde die folgende Differenzierung vorgeschlagen: *Small businesses* sollten anhand ihrer Mitarbeiterzahl und nicht beispielsweise anhand ihres Umsatzes definiert werden.⁹⁹ Hierbei sollten nur *micro businesses* den erwei-

⁹² Law Commission/Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 2.30 ff. (2.35) und Part 5.

⁹³ Law Commission/Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 2.35.

⁹⁴ Law Commission (Consultation Paper No 166)/Scottish Law Commission (Discussion Paper No 119), *Unfair Terms in Contracts*, A Joint Consultation Paper (2002), Rn. 2.30 f.

⁹⁵ *Morgan*, *Contract law minimalism* (2013), S. 178.

⁹⁶ Anmerkung der Law Commission hierzu: „Our recommendations to protect small businesses were accepted in principle but have not been implemented.“, <<https://www.lawcom.gov.uk/project/unfair-terms-in-contracts/>>.

⁹⁷ Vgl. Art. 3 (1) UCTA a.F. bis 10/2015, abrufbar unter: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50/2013-08-19>>.

⁹⁸ *Whittaker*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2019, 404, 425 f.

⁹⁹ Law Commission/Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 2.36.

terten Schutz genießen. Dies sollten solche Unternehmen sein, die 0–9 Mitarbeiter haben.¹⁰⁰ Wobei Unternehmen, die *associated* mit einem größeren Unternehmen sind, beispielsweise, wenn sie zur selben *group of companies* gehören, wiederum nicht als *micro business* angesehen werden sollten.¹⁰¹ Es wurden zwei weitere Ausnahmen vorgeschlagen: Kein Schutz für kleinere Unternehmen sollte bei Vertragsvolumina von über £ 500,000 bestehen und auch Finanzdienstleistungsverträge¹⁰² sollten ausgenommen werden.¹⁰³

Darüber hinaus schlugen die *Law Commissions* in ihrem 2005-Bericht einen *term-by-term approach* für die Klauselkontrolle von Verträgen gegenüber kleinen Unternehmen vor.¹⁰⁴ Demnach sollten nur die Klauseln als ausgehandelte Vertragsklauseln angesehen werden, über die tatsächlich verhandelt wurde. Die restlichen Vertragsklauseln sollten weiter als *written standard terms* angesehen werden, sodass die Kontrolle des UCTA 1977 für jede Vertragsklausel einzeln Anwendung finden würde.¹⁰⁵

Bislang sind jedoch keine solcher Schutzerweiterungen zugunsten kleinerer Unternehmen in der Klauselkontrolle in das englische Recht implementiert.

3. Inhalt und Auslegung des UCTA 1977

Inhaltlich regelt der UCTA 1977 die Wirksamkeit von Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbeschränkungsklauseln in unternehmerischen Verträgen – nicht hingegen alle Klauselarten.¹⁰⁶ Der UCTA 1977 unterscheidet bei seinen Klauselverboten zwischen relativen Verboten, bei denen die Wirksamkeit der Klausel unter dem Vorbehalt der *reasonableness* abhängt, und absoluten Klauselverboten, die ohne weitere Abwägung eine Unwirksamkeit der Klausel hervorrufen.¹⁰⁷ Relative Klauselverbote bestehen bei der Kontrolle der

¹⁰⁰ Law Commission / Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 2.37 (dort Fn. 23).

¹⁰¹ Law Commission / Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 2.37.

¹⁰² Da die meisten Verträge in diesem Gebiet im englischen Recht bereits weitgehend Regelungen der Financial Services Authority (FSA) unterliegen würden. Law Commission / Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 2.39.

¹⁰³ Law Commission / Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 2.40.

¹⁰⁴ Law Commission / Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 5.75.

¹⁰⁵ Law Commission / Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 5.69.

¹⁰⁶ *Cartwright*, *Contract Law*, 3. Aufl. (2016), S. 227; *Whittaker*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2019, 404, 423; *O'Sullivan*, *The Law of Contract*, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.30; *Pfeiffer*, in: *Wolf / Lindacher / Pfeiffer*, *AGB-Recht*, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 64.

Artt. 2 (2), 3 (2)(b), 6 (1)(a), 7 (1)(a) und 7 (4) UCTA 1977.¹⁰⁸ Der Verkäufer, der sich in solchen Fällen auf den Haftungsausschluss berufen will, muss die *reasonableness* der Klauseln rechtfertigen.¹⁰⁹ Bei Klauselverböten wie dem des Art. 2 (1) oder des Art. 3 (2)(a) UCTA 1977 handelt es sich hingegen um absolute Klauselverböten ohne die Möglichkeit des Nachweises einer *reasonableness*, der die Wirksamkeit der Klausel erhalten könnte. Art. 3 UCTA 1977 trifft dabei Regelungen bei der Involvierung von Haftungsbeschränkungen in AGB, *written standard terms of business*. Der Umgehung der Klauselverböten ist durch Art. 13 (1) UCTA 1977 vorgebeugt.¹¹⁰ Dabei erfahren im UCTA 1977 internationale Verträge eine Sonderbehandlung.¹¹¹

a) Haftung für Fahrlässigkeit, Art. 2 UCTA 1977

Grundsätzlich ist nach dem englischen Recht der ausdrückliche Ausschluss oder die Beschränkung der Haftung für Fahrlässigkeit möglich, soweit die Beschränkungsklausel eindeutig und ausdrücklich formuliert ist und kein so entfernter Schadensposten betroffen ist, dass nicht erwartet werden könnte, dass der andere Vertragspartner keinen Schutz hiergegen gefordert hätte.¹¹² Diese Grundsätze hat *Canada Steamship Lines Ltd v R* [1952] zunächst festgesetzt.¹¹³ Diese engeren Anforderungen des *Canada Steamship Case* wurden jedoch über die Jahre durch die Rechtsprechung aufgelockert, sodass die englischen Gerichte nun noch zurückhaltender darin sind, im unternehmerischen Kontext einer Haftungsfreizeichnungsklausel die Wirksamkeit abzuspochen.¹¹⁴ *Canada Steamship* ist somit mittlerweile eher als Orientierungs-

¹⁰⁷ Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-062 und 15-068; McKendrick, in: Burrows (Hrsg.), Oxford Principles of English Law – English Private Law, 3. Aufl. 2013, Rn. 8.111; Leuschner / Meyer, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 101.

¹⁰⁸ Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 1-043.

¹⁰⁹ Burbidge, I.C.C.L.R. 2012, 105, 106.

¹¹⁰ Cartwright, Contract Law, 3. Aufl. (2016), S. 228; siehe weitere Ausführungen hierzu: Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-069–15-071.

¹¹¹ Siehe hierzu nachfolgend Kapitel 4 – B.III.4.

¹¹² *Canada Steamship Lines Ltd v R* [1952], A.C. 192, 208. Damit schließt sich die Entscheidung des Judicial Committee of the Privy Council in 1952 den Auffassungen bzgl. der *principles of construction* des Lord Greene, M.R., in *Alderslade v Hendon Laundry Ltd.*, [1945] K.B. 189, 114 L.J.K.B. 196, an; Andrews, Arbitration and Contract Law (2016), Rn. 13.16.

¹¹³ *Canada Steamship Lines Ltd v R* [1952], A.C. 192, 208; siehe hierzu auch weitere Ausführungen: Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-013.

¹¹⁴ Siehe nachfolgende Erläuterungen zu den einzelnen Fällen (insb. ausdrücklich *Persimmon*). Vgl. ebenso *Shaw-Mellors*, J.B.L. 2017, 610 ff. (616).

hilfe, nicht als maßgeblicher Prüfstein anzusehen.¹¹⁵ Soweit ein Schutzbedürfnis besteht, bietet das Regime des UCTA seit 1977 den notwendigen Schutz vor unangemessenen Haftungsausschlüssen oder -begrenzungen.¹¹⁶

Seit 1977 setzt der UCTA in Art. 2 dem Ausschluss der Haftung für Fahrlässigkeit (*negligence liability*) Beschränkungen. Art. 2 (1) UCTA 1977 erklärt Haftungsausschlüsse für Fahrlässigkeit, die den Tod oder Körperverletzungen einer Person zur Folge haben, in Vertragsklauseln für gänzlich unwirksam.¹¹⁷ Dies gilt unabhängig von einer *reasonableness*. Der Haftungsausschluss oder die Haftungsbeschränkung für Verluste oder Schäden aufgrund von Fahrlässigkeit können hingegen gem. Art. 2 (2) UCTA 1977 wirksam sein, wenn sie den *test of reasonableness* bestehen.¹¹⁸ Verbraucherverträge sind vom Anwendungsbereich des Art. 2 UCTA 1977 nochmal ausdrücklich gem. Art. 2 (4) UCTA 1977 ausgenommen.

b) *Haftungsbeschränkungen in written standard terms of business, Art. 3 UCTA 1977*

Art. 3 UCTA 1977 trifft für Haftungsbeschränkungen in AGB, *written standard terms of business*, Regelungen. Die in Klauselwerken getroffenen Haftungsbeschränkungen für Vertragsbruch gem. Art. 3 (2)(a) UCTA 1977 müssen stets dem *test of reasonableness* standhalten.¹¹⁹ Gleicher Vorbehalt der *reasonableness* gilt gem. Art. 3 (2)(b) UCTA 1977 für Regelungen, die eine Leistung ermöglichen, die substantiell von der regelmäßig zu erwartenden Leistung abweicht (i) und Regelungen, die die Pflicht zur Leistungserbringung gänzlich ausschließen (ii).

Es besteht keine gesetzliche Definition der *written standard terms of business*. Diese umfassen auch *standard terms* von Dritten, wie beispielsweise eines Wirtschaftsverbandes, die in den Vertrag mit einbezogen werden.¹²⁰ Überschreiten die *standard terms* jedoch ein gewisses Level an individueller Verhandlung (*degree of individual negotiation*), ist der *reasonable test* des Art. 3 (1) UCTA 1977 nicht mehr anwendbar.¹²¹ In *Watford Electronics Ltd v*

¹¹⁵ *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-007 beschreibt die Entscheidung sei nicht mehr als „litmus test“ anzusehen.

¹¹⁶ *Shaw-Mellors*, J.B.L. 2017, 610, 616.

¹¹⁷ Siehe auch: *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 1-043; *Andrews*, *Arbitration and Contract Law* (2016), Rn. 13.17; *Cartwright*, *Contract Law*, 3. Aufl. (2016), S. 227; *McKendrick*, in: Burrows (Hrsg.), *Oxford Principles of English Law – English Private Law*, 3. Aufl. 2013, Rn. 8.112.

¹¹⁸ *Andrews*, *Arbitration and Contract Law* (2016), Rn. 13.17; *Cartwright*, *Contract Law*, 3. Aufl. (2016), S. 227.

¹¹⁹ *Cartwright*, *Contract Law*, 3. Aufl. (2016), S. 227; *Andrews*, *Arbitration and Contract Law* (2016), Rn. 13.17.

¹²⁰ *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-084.

¹²¹ *O'Sullivan*, *The Law of Contract*, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.41.

Sanderson CFL Ltd [2001] lagen dem Vertrag der Parteien die *standard terms* einer Partei zugrunde, die mithilfe eines ausgehandelten Anhangs zum Vertrag (*negotiated addendum*) leicht auf den Einzelfall des Vertrages angepasst wurden.¹²² Der Richter, *Buckley J*, erachtete den Vertrag dennoch als auf den *standard terms* basierend, da der Anhang (*addendum*) unwesentlich, ungenau, begrenzt und unerheblich gewesen sei.¹²³ Mithin fand der UCTA 1977 Anwendung auf den Vertrag und die Klauseln unterlagen dem *reasonable test*.¹²⁴

Eine weitere Entscheidung aus 2017 verdeutlicht den Anwendungsbereich der Kontrolle von *written standard terms of business* des UCTA 1977. In *African Export-Import Bank v Shebah Exploration and Production Company Ltd* [2017] hebt *Henderson LJ* die Anwendungsvoraussetzungen des UCTA 1977 und dessen *test of reasonableness* für eine Vertragsklausel hervor. Demzufolge müsse die Partei, die sich auf den UCTA 1977 berufen wolle, nachweisen, dass (i) es sich um eine schriftliche Klausel handelt, (ii) die Klausel ein *term of business* ist, (iii) die Klausel Teil der AGB der anderen Partei ist und (iv) die andere Partei auf Grundlage der AGB handelt.¹²⁵ Weiter entschied der *Court of Appeal* in derselben Entscheidung, dass trotz Grundlage eines Musterformulars (*model form*) für einen Vertrag zwischen Unternehmen, das Vorliegen von Verhandlungen angenommen werden kann und das Vertragsformular nur ein Ausgangspunkt für die Verhandlungen gewesen sein kann.¹²⁶ Allein das Nutzen eines Musterformulars (*model form*) reiche demzufolge nicht für die Annahme von *written standard terms of business* i. S. d. Art. 3 UCTA 1977.¹²⁷ Die Parteien konnten sich aufgrund substantieller Verhandlungen („how substantial the negotiation was“) mithin im zitierten

¹²² *Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd* [2001], EWCA CIV 317.

¹²³ *Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd* [2001], Rn. 46 f., EWCA CIV 317; *O’Sullivan*, *The Law of Contract*, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.41.

¹²⁴ *Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd* [2001], Rn. 46 ff., EWCA CIV 317; *O’Sullivan*, *The Law of Contract*, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.41.

¹²⁵ *African Export-Import Bank v Shebah Exploration and Production Company Ltd* [2017], [2018] 1 W.L.R. 487, 491 (Rn. 18). *Henderson LJ* statuiert: „Before the Act [meaning the UCTA 1977] can be held to apply and require an inquiry into the reasonableness of any particular term, the party relying on the Act must establish [...] that: (i) the term is written; (ii) the term is a term of business; (iii) the term is part of the other party’s standard terms of business; and (iv) that the other is dealing on those written standard terms of business.“

¹²⁶ *African Export-Import Bank v Shebah Exploration and Production Company Ltd* [2017], [2018] 1 W.L.R. 487, 491 f. (Rn. 20): „The third requirement that the term is part of the other party’s standard terms of business means that it has to be shown that that other party habitually uses those terms of business. It is not enough that he sometimes does and sometimes does not. Nor is it enough to show that a model form has, on the particular occasion, been used; the party relying on the Act has to show that such model form is habitually used by the other party.“

¹²⁷ So auch *Whittaker*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2019, 404, 424.

Fall nicht auf den Schutz des UCTA 1977 berufen.¹²⁸ Es geht im englischen Recht folglich mehr um die Natur der gewohnheitsmäßigen Nutzung der Klauseln, um diese als *standard terms of business* anzuerkennen, als um den Aspekt, dass die Klauseln im Voraus vorbereitet wurden.¹²⁹

Anders als im deutschen Recht gilt die Qualifikation des „ausgehandelt sein“ jedoch für den gesamten Vertrag und nicht für jede einzelne in Frage stehende Klausel.¹³⁰ Ein Haftungsausschluss kann dabei auch als ausgehandelt (*substantially negotiated*) gelten, wenn die Klausel selbst nicht abgeändert wurde, jedoch der Vertrag an sich verhandelt wurde.¹³¹ In der Entscheidung *African Export-Import Bank v Shebah Exploration and Production Co Ltd* [2017] entschied das Gericht diesbezüglich ausdrücklich, dass es keine Anforderung gebe, dass die Verhandlungen sich auf die Haftungsausschlussklausel bezogen haben müssen, um eine Anwendung des UCTA 1977 zu verneinen.¹³² Mithin sind sogenannte Paketlösungen im englischen Recht für ein „Aushandeln“ möglich, anders als im deutschen Recht. Da der UCTA 1977 in weiten Teilen jedoch nicht zwischen ausgehandelten und nicht ausgehandelten Klauseln in seiner Kontrolle unterscheidet, ist diese Unterscheidung in der Rechtsfolge nicht so maßgeblich.

c) *Weitere Haftungsbeschränkungsregelungen für besondere Verträge und Vertragspflichten, Art. 6, 7, 8 UCTA 1977*

Weitere Haftungsbeschränkungsregelungen für besondere Verträge und Vertragspflichten bestimmen Art. 6, 7, 8 UCTA 1977. Art. 6 UCTA 1977 gilt dabei für Kaufverträge und Mietverträge (*sale and hire purchase*) und Art. 7 UCTA 1977 für sonstige auf die Übertragung von Gütern gerichtete Verträge (*miscellaneous contracts under which goods pass*). Art. 8 UCTA 1977 regelt die Möglichkeiten des Haftungsausschlusses für fehlerhafte Informationen

¹²⁸ *African Export-Import Bank v Shebah Exploration and Production Company Ltd* [2017], [2018] 1 W.L.R. 487, 496 (Rn. 35).

¹²⁹ Vgl. *Whittaker*, Oxford Journal of Legal Studies 2019, 404, 425. Dieser Aspekt der Vorbereitung im Gegensatz zur Rechtslage im englischen Recht nun im Fokus des neuen französischen AGB-Recht des *contrat d'adhésion* seit der 2016-Reform (hierzu siehe im Detail in Kapitel 4 – D.II.3.a).

¹³⁰ *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-084; *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 102.

¹³¹ *African Export-Import Bank v Shebah Exploration and Production Co Ltd* [2017], [2018] 1 W.L.R. 487, 496; *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-084.

¹³² *African Export-Import Bank v Shebah Exploration and Production Co Ltd* [2017], [2018] 1 W.L.R. 487, 496. Ausdrücklich heißt es dort: „There is [...] no requirement that negotiations must relate to the exclusion terms of the contract, if the Act is not to apply; [...]“

vor Vertragsschluss (*misrepresentation*). Bei diesen ist die Möglichkeit des Haftungsausschlusses teilweise absolut ausgeschlossen und teilweise unter den Vorbehalt der *reasonableness* gestellt.¹³³

d) *Maßstab des test of reasonableness*

Außer in den Fällen, in denen der UCTA 1977 Haftungsbeschränkungsklauseln für absolut unwirksam erklärt, hängt die Wirksamkeit der Vertragsklauseln, die dem UCTA 1977 unterfallen, vom Erfordernis der *reasonableness* ab. Der *test of reasonableness* wird in Art. 11 UCTA 1977 genauer definiert. Gem. Art. 11 (1) UCTA 1977 sollen die Klauseln demnach „fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made“ sein. Mithin genügt eine Klausel dem *test of reasonableness*, wenn sie gerecht und angemessen ist unter Berücksichtigung der Umstände, die den Beteiligten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen. Dabei ist die *reasonableness* zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend.¹³⁴ Das bedeutet, dass auch Umstände wie die Schwere des Schadens oder die Tatsache, dass das Vertragsprodukt zunächst von einem ausländischen Lieferanten erworben werden muss, keinen Einfluss auf die Annahme der *reasonableness* nehmen darf, wenn dies erst später erkennbar wird und nicht bereits bei Vertragsschluss bekannt war oder hätte sein müssen.¹³⁵ Die Beweislast der *reasonableness* der Klausel obliegt dabei der Partei, die sich auf die Klausel berufen will, vgl. Art. 11 (5) UCTA 1977.¹³⁶

Für eine weitere Konkretisierung der Umstände, die für die Erwägung der *reasonableness* heranzuziehen sind, verweist Art. 11 (2) UCTA 1977 auf die Richtlinien des Anhangs 2 zum UCTA 1977 (*Schedule 2*). Das Gericht soll die speziell aufgeführten Gründe aus Anhang 2, die „Guidelines for Application of Reasonable Test“, des UCTA 1977 beachten.¹³⁷ Obwohl die Tabelle ausdrücklich nur für die benannten Fälle gelten soll, wurden die Gründe der Tabelle von den Gerichten als allgemein anwendbare Richtlinien behandelt.¹³⁸

¹³³ Siehe Wortlaut der einzelnen Absätze der Normen Art. 6, 7, 8 UCTA 1977. Für weitere Details zu den besonderen Verträgen siehe *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-095.

¹³⁴ *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-096; *O’Sullivan*, *The Law of Contract*, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.45.

¹³⁵ *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-096 m. w. N.

¹³⁶ *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-100; *O’Sullivan*, *The Law of Contract*, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.45.

¹³⁷ *Cartwright*, *Contract Law*, 3. Aufl. (2016), S. 228.

¹³⁸ *Cartwright*, *Contract Law*, 3. Aufl. (2016), S. 229; *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-097 m. w. N.

Die Tabelle schlägt fünf Kriterien vor, die bei der Anwendung des *test of reasonableness* herangezogen werden sollen. Beachtet werden sollen demzufolge die relative Verhandlungsstärke der Vertragsparteien (*schedule 2 (a)*)¹³⁹, 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)*)¹⁴⁰, ein besonderes Bewusstsein der Gegenseite bezüglich des Inhalts und des Ausmaßes der Klausel (unter besonderer Berücksichtigung besonderer Handelsbräuche und vorhergehender Geschäftsbeziehungen der Parteien) (*schedule 2 (c)*)¹⁴¹, ob bei Anknüpfung der Haftungsbeschränkung oder des Haftungsausschlusses an eine Bedingung die Einhaltung der Bedingung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses umsetzbar erschien (*schedule 2 (d)*)¹⁴² und ob die Ware nach einer Sonderbestellung des Kunden hergestellt beziehungsweise angepasst wurde (*schedule 2 (e)*)¹⁴³. Der Verweis des Art. 11 (2) UCTA 1977 ist dabei nicht abschließend, sondern das Gericht oder der Schiedsrichter dürfen weitere Erwägungsgründe in Betracht ziehen, vgl. Art. 11 (2), 2. HS UCTA 1977.¹⁴⁴ Somit kommt es zusammengefasst vor allem auf eine unterschiedliche Verhandlungsmacht der Parteien an oder ob der Kunde eine alternative Wahl auf dem Markt hätte treffen können und auf die Frage, ob eine Klausel unvorhersehbar oder überraschend war.

Gleichfalls wird auch die Wirksamkeit summenmäßiger Haftungsbeschränkungen im englischen Recht anhand einer *reasonableness* gemessen wie beispielsweise in den Entscheidungen des *House of Lords* in *Photo Production Ltd. v Securicor Transport Ltd.*¹⁴⁵ und in *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd*¹⁴⁶. Die Beurteilung der *reasonableness* wird bei summenmäßigen Haftungsbeschränkungsklauseln („Where by reference to a contract term or notice a person seeks to restrict liability to a spe-

¹³⁹ „(a) the strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking into account (among other things) alternative means by which the customer’s requirements could have been met“.

¹⁴⁰ „(b) whether the customer received an inducement to agree to the term, or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having a similar term“.

¹⁴¹ „(c) whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and the extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and any previous course of dealing between the parties)“.

¹⁴² „(d) where the term excludes or restricts any relevant liability if some condition was not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable“.

¹⁴³ „(e) whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer“.

¹⁴⁴ Die Gerichte haben auch teilweise bereits weitere Kriterien identifiziert. Siehe *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-098 m. w. N.

¹⁴⁵ *Photo Production Ltd. v Securicor Transport Ltd.* [1980] 2 W.L.R. 283, 827, 851.

¹⁴⁶ *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd* [1983] 2 A.C. 803, 810.

cified sum of money [...]“, Art. 11 (4) UCTA 1977) in ihrer Auslegung anhand der speziellen Aspekte des Art. 11 (4) UCTA 1977 gemessen, bei der insbesondere die Versicherbarkeit des Schadens eine wichtige Rolle spielt.¹⁴⁷ Art. 11 (4) UCTA 1977 weist bei summenmäßigen Haftungsbeschränkungen an, zwei weitere Kriterien besonders neben denen des Absatz (2)/*schedule 2* zu berücksichtigen.¹⁴⁸ Demnach sollen die Mittel, die demjenigen, der sich auf die Haftungsbeschränkung beruft, im Falle der Inanspruchnahme, um dieser Genüge zu tun, zur Verfügung stünden (a) und inwieweit es demjenigen, der sich auf die Haftungsbeschränkung beruft, möglich war, sich durch Versicherungsschutz abzusichern (b), berücksichtigt werden. Auch Absatz (4) konkretisiert folglich, dass zur Beurteilung der *reasonableness* die Umstände des Einzelfalls und die wirtschaftliche Absicherbarkeit beziehungsweise Versicherbarkeit des Schadens zu berücksichtigen sind. Es kommt letztlich stets auf den Einzelfall an und nicht auf einen objektiv-generellen Maßstab.¹⁴⁹ In *George Mitchell* wurde eine summenmäßige Haftungsbeschränkung in einem Liefervertrag über Saatgut für Kohl auf Grundlage einer *unreasonableness* unter anderem aufgrund der besseren Versicherbarkeit des Rechtsmittelführers die Wirksamkeit abgesprochen¹⁵⁰ und in *Photo Production Ltd* wurde eine summenmäßige Haftungsbeschränkungsklausel eines Sicherheitsunternehmens bei Inanspruchnahme aufgrund eines durch einen Angestellten ausgelösten Brandes als *reasonable* anerkannt, da vernünftige unternehmerische Parteien ein solches Risiko mitbedacht hätten und eine Versicherbarkeit bestand¹⁵¹. Auch wenn die Regelung der summenmäßigen Haftungsbeschränkungen ursprünglich für eine Erleichterung für kleinere Unternehmen und Unternehmen, die nicht die Ressourcen haben, eine unbeschränkte Haftung zu erfüllen oder keinen (/keinen ausreichenden) Versicherungsschutz erlangen können, designt wurde, wirkt sie sich nun teilweise zu deren Lasten aus.¹⁵² Dies kann dann eintreten, wenn die eigentlich schutzwürdigen Unternehmen über die Ressourcen verfügen und so die Auslegungskriterien des Art. 11 (4) UCTA 1977 zu einer Unwirksamkeit ihrer summenmäßigen Haftungsbeschränkungen führen, während andere Kriterien in den Hintergrund der Erörterung der *reasonableness* treten.

¹⁴⁷ Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-099 m. w. N.

¹⁴⁸ Siehe auch McKendrick, in: Burrows (Hrsg.), Oxford Principles of English Law – English Private Law, 3. Aufl. 2013, Rn. 8.114.

¹⁴⁹ *Phillips Products Ltd v Hyland* [1987] 1 W.L.R. 659, 668; Siehe auch: Leuschner / Meyer, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 104.

¹⁵⁰ *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd* [1983] 2 A.C. 803, 819 f.

¹⁵¹ *Photo Production Ltd. v Securicor Transport Ltd.* [1980] 2 W.L.R. 283, 827, 851.

¹⁵² Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-099.

e) Berücksichtigung der Besonderheiten des unternehmerischen Verkehrs

Die englischen Gerichte sind grundsätzlich zurückhaltend darin, Haftungsausschluss- und -beschränkungsklauseln in unternehmerischen Verträgen als *unreasonable* zu erklären.¹⁵³ In einer Reihe von Entscheidungen wird die Bedeutung, vereinbarte Vertragsklauseln zwischen erfahrenen unternehmerischen Parteien aufrecht zu erhalten, betont.¹⁵⁴ Je näher das Verhandlungsmachtverhältnis der Parteien einer gewöhnlichen Verbrauchersituation kommt, umso eher wird eine Klausel in unternehmerischen Verträgen überhaupt als *unreasonable* erachtet.¹⁵⁵

So hat *Stuart-Smith J* in *Persimmon Homes Limited v Ove Arup & Partners Limited* [2015] in der Entscheidung des High Court of Justice Queen's Bench Division (Technology and Construction Court) hervorgehoben, dass er dem Prinzip, dass der UCTA 1977 keine Anwendung finden soll auf „commercial contracting parties of equal bargaining status“, folgen will und es beachtet.¹⁵⁶ *Stuart-Smith J* statuiert dabei in *Persimmons*, dass seines Erachtens ein Wandel in der Herangehensweise der Gerichte an Haftungsbeschränkungs- und Ausschlussklauseln stattgefunden hat:

„[...] there has been a shift in the approach of the Courts to limitation and exclusion clauses. This shift has come about for two reasons, which are related. The first is the passing of the Unfair Contract Terms Act 1977 [“UCTA”]; the second is an increasing recognition that parties to commercial contracts are and should be left free to apportion and allocate risks and obligations as they see fit, particularly where insurance may be available to one or other or both parties to cover the risks being so allocated.“¹⁵⁷

Dieser Wandel bringe mithin insbesondere eine verstärkte Anerkennung der Freiheit des unternehmerischen Verkehrs mit sich.

Die englischen Gerichte betonen stets die Bedeutung einer Zurückhaltung der Rechtsprechung dahingehend, Klauseln zwischen erfahrenen unternehmerischen Parteien als unwirksam zu erklären.¹⁵⁸ In *Watford Electronics Ltd v*

¹⁵³ Siehe ebenso: *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-110; *O'Sullivan*, *The Law of Contract*, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.42.

¹⁵⁴ Siehe *Persimmon Homes Ltd v Ove Arup and Partners Ltd* [2015], Rn. 25, EWHC 3573 (TCC); *Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd* [2001] EWCA CIV 317; *Regus (UK) Ltd v Epcot Solutions Ltd* [2008] EWCA Civ 361. Im Einzelnen zu den Entscheidungen sogleich.

¹⁵⁵ *O'Sullivan*, *The Law of Contract*, 8. Aufl. (2018), Rn. 8.49.

¹⁵⁶ *Persimmon Homes Ltd v Ove Arup and Partners Ltd* [2015], Rn. 25, EWHC 3573 (TCC).

¹⁵⁷ *Persimmon Homes Ltd v Ove Arup and Partners Ltd* [2015], Rn. 25, EWHC 3573 (TCC).

¹⁵⁸ Siehe so bspw. eben erwähnte Entscheidung *Persimmon Homes Ltd v Ove Arup and Partners Ltd* [2015] EWHC 3573 (TCC); vgl. ebenso: *Andrews*, *Arbitration and Contract Law* (2016), Rn. 13.18.

Sanderson CFL Ltd [2001]¹⁵⁹ hat *Chadwick LJ* zum Eingreifen der Gerichte in Klauseln in B2B-Verträgen gesagt:

„Where experienced businessmen representing substantial companies of equal bargaining power negotiate an agreement, they may be taken to have had regard to the matters known to them. They should, in my view be taken to be the best judge of the commercial fairness of the agreement which they have made; including the fairness of each of the terms in that agreement. [...] The court should not assume that either is likely to commit his company to an agreement which he thinks is unfair, or which he thinks includes unreasonable terms, unless satisfied that one party has, in effect, taken unfair advantage of the other — or that a term is so unreasonable that it cannot properly have been understood or considered — the court should not interfere.“¹⁶⁰

Chadwick LJ hebt demnach hervor, dass wenn erfahrene Geschäftsleute, die bedeutende Unternehmen mit gleicher Verhandlungsmacht vertreten, eine Vereinbarung aushandeln, könne davon ausgegangen werden, dass sie die ihnen bekannten Angelegenheiten berücksichtigt haben. Sie sollten seines Erachtens als der beste Richter für die wirtschaftliche Gerechtigkeit der Vereinbarung, die sie getroffen haben, angesehen werden, einschließlich der Gerechtigkeit der einzelnen Bedingungen in dieser Vereinbarung. Das Gericht solle *Chadwick LJ* zufolge nicht davon ausgehen, dass es wahrscheinlich ist, dass sein Unternehmen zu einer Vereinbarung verpflichtet wird, die er für ungerecht hält oder die seiner Meinung nach unangemessene Bedingungen enthält, es sei denn, es ist davon überzeugt, dass eine Partei die andere Partei tatsächlich ungerecht ausgenutzt hat oder dass eine Vertragsklausel so unvernünftig ist, dass sie nicht richtig verstanden oder in Betracht gezogen wurden konnte. Das Gericht sollte sich ihm zufolge nicht einmischen. Bedeutsam für das Aufrechterhalten der Klausel war in dieser Entscheidung für *Chadwick LJ* hier erneut die vergleichbare Verhandlungsmacht (*equal bargaining power*) der unternehmerischen Parteien.¹⁶¹ Die Entscheidung betont das starke Bewusstsein der englischen Gerichte für die Selbständigkeit und notwendige Freiheit für den unternehmerischen Verkehr bei gleicher Verhandlungsmacht der Parteien. Ebenso wurde diese Freiheit und notwendige Zurückhaltung der Gerichte gegenüber dem unternehmerischen Verkehr bei gleicher Verhandlungsmacht der Parteien durch *Rix LJ* im *Regus*-Fall [2008]¹⁶² betont.¹⁶³ *Rix LJ* nahm hier eine *reasonableness* der Haftungsausschlussklausel unter anderem aufgrund einer vergleichbaren Handlungsmacht der Parteien an.¹⁶⁴

¹⁵⁹ *Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd* [2001] EWCA CIV 317.

¹⁶⁰ *Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd* [2001], Rn. 55, EWCA CIV 317.

¹⁶¹ Hierzu siehe auch *McKendrick*, in: Burrows (Hrsg.), Oxford Principles of English Law – English Private Law, 3. Aufl. 2013, Rn. 8.114.

¹⁶² *Regus (UK) Ltd v Epcot Solutions Ltd* [2008] EWCA Civ 361.

¹⁶³ Vgl. ebenso: *Andrews*, Arbitration and Contract Law (2016), Rn. 13.18.

¹⁶⁴ *Regus (UK) Ltd v Epcot Solutions Ltd* [2008], Rn. 40 und 43, EWCA Civ 361. Wörtlich in der Entscheidung: „There was no inequality in bargaining power, as the history

Zusammenfassend sind die englischen Gerichte grundsätzlich zurückhaltend darin, Haftungsausschluss oder -beschränkungsklauseln im unternehmerischen Verkehr für unwirksam zu erklären. Diese Grundeinstellung der englischen Gerichte, unternehmerischen Verträgen einen größtmöglichen Frei- raum zu lassen, führt zu der zurückhaltenden Klauselkontrolle im unternehmerischen Verkehr und ergo dazu, dass die Rechtswahl des englischen Rechts in Handelsverträgen so beliebt ist.

4. Handhabung internationaler Verträge und Rechtswahl im UCTA 1977

Besondere Beachtung im Gegensatz zum deutschen Recht findet die gesonderte Stellung und Handhabung internationaler Verträge und der vertraglichen Rechtswahl im UCTA 1977. Die drei Vorschriften der Art. 26, 27 (1) und 27 (2) UCTA 1977 befassen sich mit internationalen Verträgen und kollisionsrechtlichen Aspekten der Rechtswahl.¹⁶⁵ Art. 26 UCTA 1977 schafft eine Ausnahme von den Kontrollen des UCTA für grenzüberschreitende Warenverkäufe oder Warenlieferungen. Art. 27 (1) begründet eine Ausnahme von den Kontrollen des UCTA 1977 für Verträge, die nur Kraft Rechtswahl dem englischen Recht unterliegen und ansonsten dem Recht eines anderen Staates unterliegen würden. Und Art. 27 (2) UCTA 1977 lässt die Vorschriften des UCTA 1977 trotz einer ausländischen Rechtswahl auch dann auf den Vertrag Anwendung finden, wenn die Rechtswahl nur zur Umgehung der Wirkung der Vorschriften des UCTA 1977 getroffen wurde.¹⁶⁶

a) Ausnahme internationaler Lieferverträge, Art. 26 UCTA 1977

Art. 26 UCTA 1977 legt für internationale Warenlieferverträge (*international supply contracts*) gesonderte Maßstäbe fest. Die Norm schafft eine Ausnahme von den UCTA-Kontrollen für grenzüberschreitende Warenlieferverträge.¹⁶⁷ Die Beschränkungen, die der UCTA 1977 vertraglichen Haftungsbeschränkungen auferlegt, finden keine Anwendung auf *international supply contracts*, vgl. Art. 26 (1) UCTA 1977. Auf diese Verträge soll gem. Art. 26

of negotiations cited above makes clear. [...] In these circumstances, it seems to me that Regus has shown that clause 23(3) meets the requirement of reasonableness.“

¹⁶⁵ Law Commission / Scottish Law Commission, Unfair Terms in Contracts, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 7.1.

¹⁶⁶ Zu allen drei Vorschriften siehe: Law Commission / Scottish Law Commission, Unfair Terms in Contracts, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 7.1. – Der Report nennt im Zusammenhang mit Art. 27 (2) UCTA noch die Verbraucherverträge, die jedoch seit 1.10.2015 nicht mehr vom UCTA umfasst sind und daher auch in Art. 27 (2) UCTA seit diesem Datum entfallen sind.

¹⁶⁷ Law Commission / Scottish Law Commission, Unfair Terms in Contracts, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 7.1.; Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 15-122.

(2) UCTA 1977 nicht der *test of reasonableness* des Art. 3 und des Art. 11 des UCTA 1977 Anwendung finden.

Die von den Ausnahmen des Art. 26 UCTA 1977 umfassten Verträge sind in Art. 26 (3) und (4) UCTA 1977 definiert. Absatz 4 beschreibt in allen drei Varianten ein grenzüberschreitendes Element des Vertrages, dass Voraussetzung für einen Vertrag i.S.d. Art. 26 UCTA 1977 ist. Dabei ist das ausschlaggebende Kriterium, dass Güter über Grenzen hinweg bewegt werden (Abs. 4(a)), dass Verhandlungen und Vertragsschluss auf Distanz erfolgen (Abs. 4(b)) oder der Lieferort sich in einem anderen Staat als der Ort der Verhandlungen oder des Vertragsschlusses befindet (Abs. 4(c)). Zusätzlich zu einem dieser grenzüberschreitenden Elemente des Absatz 4 müssen die Voraussetzungen des Absatz 3 kumulativ (vgl. „and“) erfüllt sein. Absatz 3 des Art. 26 UCTA 1977 setzt neben dem Vertragstyp („sale of goods or contract under or in pursuance of which the possession or ownership of good passes“, vgl. Buchst. a) voraus, dass nur solche Verträge als *international supply contracts* i.S.d. Norm gelten, deren vertragsschließende Unternehmen ihre Niederlassung in unterschiedlichen Staaten haben („[...] it is made by parties whose places of business [...] are in the territories of different States [...]“, vgl. Buchst. b). Die von der Norm umfassten Vertragstypen sind neben Kaufverträgen auch Verträge, die auf Eigentumsübertragung oder Gebrauchsüberlassung gerichtet sind (Buchst. a). Nicht umfasst sind Verträge über Dienstleistungen.¹⁶⁸ Wobei Verträge, die sowohl Warenlieferung als auch Dienstleistungen umfassen, innerhalb des Anwendungsbereichs UCTA 1977 liegen, wie *Amiri Flight Authority v BAE Systems Plc* [2002] feststellt.¹⁶⁹ Ansonsten würde es *Tomlinson J's* Argumentation zufolge zu unbegründet unterschiedlichen Entscheidungen kommen, abhängig davon, ob ein oder zwei Verträge verfasst wurden. Es kommt auf die überwiegende Eigenschaft („predominant feature“) des Vertrages an.¹⁷⁰ Auch folgt *Trident Turboprop (Dublin) Ltd v First Flight Couriers Ltd* [2009] einem weiten Anwendungsrahmen der Ausnahme des Art. 26 UCTA 1977. Ein Leasingvertrag, bei dem beiden Parteien bei Abschluss des Vertrages bewusst war, dass die geleaste Ware im Ausland genutzt wird, gilt *Moore-Bick LJ* zufolge als *international supply contract*, auch wenn beide unternehmerischen Parteien ihren Sitz im selben Staat ha-

¹⁶⁸ *Burbidge*, I.C.C.L.R. 2012, 105, 107; *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 106.

¹⁶⁹ *Amiri Flight Authority v BAE Systems Plc, Crossair Limited Company for Regional European Air Transport* [2002], High Court of Justice, Queens Bench Division, Commercial Court, 20.11.2002, 2002 WL 31676217; *Burbidge*, I.C.C.L.R. 2012, 105, 107.

¹⁷⁰ *Amiri Flight Authority v BAE Systems Plc, Crossair Limited Company for Regional European Air Transport* [2002]: „[...] the legislature has chosen to exclude from the ambit of the regime [of the UCTA] international contracts for the sale of goods but not international contracts for the supply of services. However that may be, and whether the test to be applied is one of identification of the substance or of the predominating feature [...].“

ben, da das grenzüberschreitende Element des Art. 26 (4)(a) UCTA 1977 erfüllt ist.¹⁷¹ Somit gelten für internationale Lieferverträge, deren Anwendungsbereich durchaus weit gefasst wird, weniger strenge Anforderungen für Haftungsausschlüsse oder Haftungsbegrenzungen.

Dieser geringere Schutz bei internationalen Warenlieferverträgen gilt unabhängig davon, ob eine britische oder ausländische Partei sich auf die Haftungsausschlussklausel des Vertrags beruft. Gründe für diese Ausnahme internationaler Lieferverträge waren ausweislich der Gesetzesbegründung der *Law Commissions*, dass es beim Export in andere Staaten, diesen obliege, welche Haftungsbeschränkungen Anwendung fänden. Angenommen wurde, dass bei internationalen Verträgen typischerweise die Transaktionen einen gewissen Umfang umfassen würden („transactions of some size“); und dass es unerwünscht sei, dass britische Exporteure strengeren Klauselkontrollen unterliegen würden als ausländische Wettbewerber.¹⁷² Wobei das zweite Argument der *Law Commissions* in ihrem Bericht aus 2005 bereits für *small businesses* wieder entkräftet wurde. Da viele kleine Unternehmen wenig Erfahrung oder Verständnis von den ihnen vorgelegten AGB der Gegenseite haben, sei es ihnen nicht möglich, hierüber zu verhandeln, wenn sie denn überhaupt ausreichend Verhandlungsmacht innehaben.¹⁷³ Mithin benötigen sie einen verbraucherähnlichen Schutz.

Somit stellt das englische Recht durch die Ausnahme internationaler Lieferverträge des Art. 26 UCTA 1977 letztlich eine flexiblere und weniger strenge Lösung für internationale Lieferverträge zur Verfügung als für rein nationale Verträge. Die Ausnahme der internationalen Lieferverträge ist zudem sehr weitgreifend. Dies könnte ein Aspekt sein, der unter anderem zur Attraktivität des englischen Rechts in internationalen Handelsverträgen beiträgt. Gleichzeitig kann dies auch einen Aspekt darstellen, der bei Unwissenheit der ausländischen Partei in einem internationalen Liefervertrag mit englischer Rechtswahl, eine unvorhergesehene Ungeschütztheit mit sich bringt. Während es in kontinentalen Rechtssystemen typisch ist, ein Prinzip des „Treu und Glaubens“ (*general duty of good faith*) vorzufinden, das auch vor unfairen Vertragsklauseln in extremeren Situationen schützen kann, fehlt ein solcher Schutz unter dem englischen Recht.¹⁷⁴ So kann es für kontinentaleuropäische Parteien überraschend sein, dass ihnen in einem weiten Rahmen

¹⁷¹ *Trident Turboprop (Dublin) Ltd v First Flight Couriers Ltd* [2009], Court of Appeal (Civil Division), 2.4.2009 [2009] 1 C.L.C. 490, 499.

¹⁷² Law Commission Report No. 69/Scottish Law Commission Rep. No. 39, Second Report on Exemption Clauses in Contracts (1975), Rn. 213.

¹⁷³ Law Commission / Scottish Law Commission, Unfair Terms in Contracts, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 5.15 ff.

¹⁷⁴ *Burbidge*, I.C.C.L.R. 2012, 105, 113.

internationaler Verträge unter dem englischen Recht der Schutz des UCTA 1977 versagt ist aufgrund der Ausnahme des Art. 26 UCTA 1977.

*b) Kollisionsrechtliche Besonderheiten für internationale Verträge,
Art. 27 UCTA 1977*

Art. 27 (1) UCTA 1977 schafft eine Ausnahme von den Kontrollen des UCTA 1977 für Verträge, die nur Kraft Rechtswahl dem Recht einer Teilrechtsordnung des Vereinigten Königreichs, wie beispielsweise dem englischen Recht, unterliegen und ansonsten dem Recht eines anderen Staates unterliegen würden. Der UCTA 1977 unterscheidet in Art. 27 (1) UCTA 1977 bereits seit 1977¹⁷⁵ zwischen originär Verträgen des Vereinigten Königreichs und solchen, die nur Kraft Rechtswahl dem Recht einer Teilrechtsordnung des Vereinigten Königreichs unterliegen – mithin internationale Verträge sind.¹⁷⁶ Art. 27 (1) UCTA 1977 bestimmt, dass

„Where the law applicable to a contract is the law of any part of the United Kingdom only by choice of the parties (and apart from that choice would be the law of some country outside the United Kingdom) sections 2 to 7 and 16 to 21 of this Act do not operate as part of the law applicable to the contract.“

Somit finden die Artt. 2–7 und Artt. 16–21 UCTA 1977 keine Anwendung auf solche Verträge, die nicht originär – das heißt ohne Rechtswahl – dem Recht eines Teilrechtsgebietes des Vereinigten Königreichs unterstehen würden.¹⁷⁷ Dies schließt die Regelung für *written standard forms of business* des Art. 3 UCTA 1977 aus. Ebenso erleichtert es die Haftungsfreizeichnung in allgemeinen Klauseln, unter anderem auch für die Freizeichnung für Fahrlässigkeit des ebenfalls ausgeklammerten Art. 2 UCTA 1977. Um die Anwendung der UCTA-Kontrolle zu umgehen, könnten Unternehmen bezwecken, das englische Recht nicht originär auf ihren Vertrag zur Anwendung gelangen zu lassen und trotzdem eine englische Rechtswahlklausel in ihren Vertrag zu inkludieren.¹⁷⁸ So erhielten die Parteien das gewünschte Ergebnis des englischen Rechts ohne der Klauselkontrolle des UCTA 1977 für Haftungsbeschränkungen.

Grund für die Ausnahme internationaler Kaufverträge ist, dass die *Law Commission* und die *Scottish Law Commission* befürchteten, dass ausländi-

¹⁷⁵ Siehe Art. 27 (1) UCTA 1977 in Erstversion (as enacted), abrufbar unter: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50/enacted>>.

¹⁷⁶ Law Commission Report No. 69/Scottish Law Commission Rep. No. 39, Second Report on Exemption Clauses in Contracts (1975), Rn. 232.

¹⁷⁷ Vgl. ebenso: Law Commission / Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 7.27; *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-125.

¹⁷⁸ *Burbidge*, I.C.C.L.R. 2012, 105, 115 mit Verweis darauf, dass dies auch Praxis-handbücher vorschlagen würden.

sche Unternehmen davon abgeschreckt sein könnten, in London ihre Schiedsstreitigkeiten auszutragen, wenn es nun eine Befugnis zum Anfechten der Gerechtigkeit der Haftungsausschlussklauseln nach dem UCTA 1977 geben würde.¹⁷⁹ Die *Commissions* statuieren ausdrücklich in ihrem Bericht:

„The effect of imposing our proposed controls in relation to those contracts might well be to discourage foreign businessmen from agreeing to arbitrate their disputes in England or Scotland. We see no reason why the controls proposed in this report should apply to such contracts [...]“.¹⁸⁰

Somit erfolgte bereits 1975 eine politisch-unternehmerische Entscheidung des Vereinigten Königreichs, dass der UCTA 1977 zwischen originär nationalen Verträgen und solchen, die nur Kraft Rechtswahl dem Recht eines Teilrechtsgebietes des Vereinigten Königreichs unterliegen, unterscheidet. Das Recht der Teilrechtsgebiete des Vereinigten Königreichs soll auf solche internationalen Verträge durch eine weitreichend gewährte Vertragsfreiheit weiterhin attraktiv wirken. Dies lässt bereits 1975 ein wirtschaftliches Bewusstsein des Vereinigten Königreichs für den heimischen Wirtschaftszweig der Rechtsberatungsbranche erkennen.

Der spätere Bericht der *Law Commissions* aus 2005 empfiehlt ausdrücklich die Beibehaltung der Ausnahmeregelung des Art. 27 (1) UCTA 1977 für unternehmerische Verträge.¹⁸¹ Internationale Vertragsparteien, die das Recht einer Teilrechtsordnung des Vereinigten Königreichs wählen, wollen ein Rechtsregime, das durch Vertragsfreiheit charakterisiert ist.¹⁸² Das englische und schottische Recht werde insbesondere deshalb gewählt, weil die Parteien ihr Vertragsverhältnis einem Recht unterstellen wollen, in dem Vertragsfreiheit herrscht. Daher gebe es keinen Grund, die Regelung des Art. 27 (1) UCTA 1977 abzuändern.¹⁸³

Art. 27 (2) UCTA 1977 setzt Rechtswahlen, die allein die Flucht vor den Kontrollen des UCTA 1977 bezwecken sollen, eine Schranke. Die Norm verteidigt den UCTA 1977 gegen flüchtende Rechtswahlklauseln vor dem

¹⁷⁹ Law Commission Report No. 69/Scottish Law Commission Rep. No. 39, Second Report on Exemption Clauses in Contracts (1975), Rn. 232.

¹⁸⁰ Law Commission Report No. 69/Scottish Law Commission Rep. No. 39, Second Report on Exemption Clauses in Contracts (1975), Rn. 232.

¹⁸¹ Law Commission / Scottish Law Commission, Unfair Terms in Contracts, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 7.28 und 7.29. Diskutiert wurden die Normen der Art. 26 und 27 UCTA im Zuge einer Anpassung des Rechts des Vereinigten Königreichs an die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (siehe Rn. 7.4 des Law Commissions-Berichtes (2005 – in dieser Fn.).

¹⁸² *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 178.

¹⁸³ Law Commission / Scottish Law Commission, Unfair Terms in Contracts, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 7.28.

Recht des Vereinigten Königreichs (*evasive choice-of-law clauses*).¹⁸⁴ Art. 27 (2) UCTA 1977 lässt die schützenden Vorschriften des UCTA 1977 bei einer reinen Umgehungsabsicht trotzdem zur Anwendung gelangen.¹⁸⁵ Die Vorschriften des UCTA 1977 sind folglich trotz einer ausländischen Rechtswahl auch dann auf den Vertrag anwendbar, wenn die Rechtswahl nur zur Umgehung der Vorschriften des UCTA 1977 getroffen wurde. Ausdrücklich bestimmt Art. 27 (2)(a) UCTA 1977 dabei, dass wenn „the term appears to the court, or arbitrator or arbiter to have been imposed wholly or mainly for the purpose of enabling the party imposing it to evade the operation of this Act;“, der UCTA 1977 trotzdem Anwendung findet. Mithin verleiht Art. 27 (2) UCTA 1977 den materiellen Schutzmechanismen des Rechts einer Teilrechtsordnung des Vereinigten Königreichs Anwendung, unabhängig von der für den Vertrag getroffenen Rechtswahl.¹⁸⁶ Dieser Schutz gilt jedoch nur in begrenztem Rahmen, wenn die Rechtswahlklausel den Eindruck erweckt, als ob sie einzig zum Zwecke der Umgehung der Wirkungen des UCTA 1977 getroffen wurde.¹⁸⁷ Dabei öffnet der Maßstab des „appears [...] to have been imposed [...] for the purpose of“ ein subjektives Element in der Auslegung der Richter. Dieses subjektive Element der Umgehungsabsicht wurde bereits kritisiert.¹⁸⁸ Dennoch verbleibt die Norm mit demselben Wortlaut bis heute im UCTA 1977. Somit stellt der UCTA 1977 im kollisionsrechtlichen Kontext eine internationale Eingriffsnorm des Rechts des Vereinigten Königreichs dar.¹⁸⁹ Absatz 2 Buchst. (b) ist im Zuge der Einführung des *Consumer Rights Acts* 2015 aus dem UCTA 1977 entfallen.¹⁹⁰

Zusammenfassend erfahren internationale Verträge eine besondere, mildere Behandlung in der englischen Klauselkontrolle. Zunächst unterliegen Warenlieferungsverträge einer Ausnahme von strengeren Kontrollen für Haftungsbeschränkungsklauseln des UCTA 1977. Sodann besteht kollisionsrechtlich weiterer Freiraum bei solchen Verträgen, die nur Kraft Rechtswahl und nicht originär dem englischen Recht (oder einem anderen Recht einer

¹⁸⁴ *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 4.17; *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-129 und *Merrett*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 30-009.

¹⁸⁵ Siehe so auch: Law Commission / Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 7.30; ebenso dies anerkennend: *Balmoral Group Ltd v Borealis [UK] Ltd, Borealis AS, Borealis A/S* [2005] EWHC 1900 (Comm).

¹⁸⁶ *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 4.14.

¹⁸⁷ *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 4.29.

¹⁸⁸ Siehe diesbezüglicher Bericht: Law Commission / Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Report No. 292/Report No. 199 (2005), Rn. 7.31.

¹⁸⁹ *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 4.14.

¹⁹⁰ Notiz F61 im Gesetzesdokument unter: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50/2016-10-01>>.

Teilrechtsordnung des Vereinigten Königreichs) unterfallen würden, Art. 27 (1) UCTA 1977. Sodann sind die Normen des UCTA 1977 nur dann zwingendes Recht, wenn ein subjektives Element der Umgehungsabsicht durch die Gerichte angenommen wird, Art. 27 (2) UCTA 1977.

5. Rechtsfolge unwirksamer Klauseln nach dem UCTA 1977

Besteht eine Klausel den *test of reasonableness* des UCTA 1977 nicht oder verstößt sie gegen ein absolutes Klauselverbot des UCTA 1977, ist sie gänzlich unwirksam.¹⁹¹ Das Gericht kann die Klausel nicht auf einen noch wirksamen Teil umschreiben oder reduzieren.¹⁹² Eine geltungserhaltende Reduktion findet mithin auch im englischen Recht nicht statt.¹⁹³ Der *Court of Appeal* hatte sich mit dieser Frage der gänzlichen oder teilbaren Nichtigkeit einer nach dem UCTA 1977 unzulässigen Klausel in seiner Entscheidung *Stewart Gill Ltd v Horatio Myer & Co Ltd* [1992] QB 600 (CA) zu befassen. *Balcombe* LJ beruft sich in dieser Entscheidung für seine Rechtsauffassung auf den Wortlaut des Art. 11 (1) UCTA 1977. Er stellt in der Entscheidung fest, dass, ob es möglich sei, Teile der Klausel zu trennen oder nicht, von Sec. 11(1) abhängt. Angesichts dieser Formulierung scheine es ihm zufolge unmöglich, zu behaupten, dass nur der Teil der Klausel betrachtet werden solle, auf den die Parteien sich stützten. Die Frage sei, ob die Vertragsklausel, die gesamte Klausel und nichts außer der Klausel (*the whole term and nothing but the term*), gerecht und vernünftig gewesen sein sollte, um aufgenommen zu werden.¹⁹⁴ *Stuart-Smith* LJ stimmte dieser Auffassung in derselben Entscheidung zu. Er betonte zur Frage der Rechtsfolge unwirksamer Klauseln nach dem UCTA 1977, dass auch er die Auffassung unterstütze, dass es sich bei der Konstruktion des Wortes „Klausel“ (*term*) um die gesamte Klausel handle und nicht nur um den Teil der Klausel, der als relevant für den Fall angesehen werden könne. Es scheine ihm auch nicht im Einklang mit der Politik und dem Zweck des UCTA 1977, einen Vertrag zuzulassen oder eine Vertragslaufzeit aufzuerlegen, die insgesamt völlig unvernünftig ist, wenn man mit

¹⁹¹ *Cartwright*, Contract Law, 3. Aufl. (2016), S. 229; *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 107.

¹⁹² *Stewart Gill Ltd v Horatio Myer & Co Ltd* [1992] QB 600 (CA); *Cartwright*, Contract Law, 3. Aufl. (2016), S. 229; *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 15-113.

¹⁹³ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 107.

¹⁹⁴ *Stewart Gill Ltd v Horatio Myer & Co Ltd* [1992] QB 600 (CA), *Balcombe* LJ auf S. 606 ausdrücklich: „Whether or not it is possible to sever parts of the clause depends upon section 11(1) [...]. In the face of this wording it seems to me to be impossible to contend that we should look only at the part of the clause which is relied upon. The issue is whether ‘the term [the whole term and nothing but the term] shall have been a fair and reasonable one to be included.’ “

einem *blue pencil* die unangemessensten Teile der Klausel streichen würde und das, was übrig bliebe, als angemessen und ausreichend für einen wirksamen Haftungsausschluss- oder -beschränkung anzusehen.¹⁹⁵ Somit ist als Rechtsfolge von Klauselverstößen kein *blue pencil test* im Zusammenhang mit dem UCTA 1977 erlaubt und eine geltungserhaltende Reduzierung der Klausel auf ein zulässiges Mindestmaß nicht zulässig.

IV. Weitere wettbewerbsstärkende Faktoren des englischen Vertragsrechts bzw. allgemeinen Rechts

Verschiedene weitere Faktoren verstärken die Attraktivität des englischen Vertragsrechts für internationale Handelsverträge.

1. Hohe Bedeutung des freedom of contracts im unternehmerischen Kontext im englischen Vertragsrecht

Durch das gesamte englische Vertragsrecht zieht sich die Auffassung, dass Verträge wirtschaftliche Instrumente sind, die die Parteien so gut wie möglich zu ihren eigenen Gunsten aushandeln können.¹⁹⁶ Das englische Recht hat traditionell dem wirtschaftlichen Bedürfnis nach einer größtmöglichen Parteiautonomie (*party autonomy*) großes Gewicht eingeräumt.¹⁹⁷ Selbst wo die vergleichbare Verhandlungsmacht der Parteien schwer beeinträchtigt ist, sind die Gerichte zurückhaltend darin, sich in den Inhalt des Vertrages einzumischen.¹⁹⁸ *Freedom of contract* wird insbesondere stark im unternehmerischen Kontext unterstützt.¹⁹⁹ Nur beispielhaft sei hier das Statement *Steyn LJ* genannt: „Commercial men must be given the utmost liberty of contracting. They must be left free to decide on the allocated commercial risks.“²⁰⁰ Die englischen Gerichte legen besondere Bedeutung in die Gewissheit der Parteien, in deren Vertragsabmachungen und den Schutz des verhandelten Abkom-

¹⁹⁵ *Stewart Gill Ltd v Horatio Myer & Co Ltd* [1992] QB 600 (CA), *Stuart-Smith LJ* auf S. 607: „These examples in my judgment support the construction of the word term as being the whole term or clause as drafted, and not merely that part of it which may eventually be taken to be relevant to the case in point. Nor does it appear to me to be consistent with the policy and purpose of the Act to permit a contract or to impose a contractual term, which taken as a whole is completely unreasonable to put a blue pencil through the most offensive parts and say that what is left is reasonable and sufficient to exclude or restrict his liability in a manner relied upon.“

¹⁹⁶ *Cartwright*, Contract Law, 3. Aufl. (2016), S. 69.

¹⁹⁷ *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 3.10.

¹⁹⁸ *Cartwright*, Contract Law, 3. Aufl. (2016), S. 69; *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 1-032.

¹⁹⁹ *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 1-032 m. w. N.

²⁰⁰ *Homburg Houtimport BV v Agrosin Private Ltd (The Starsin)*, House of Lords, 13.3.2003 [2004] 1 A.C. 715, 750.

mens.²⁰¹ Das englische Handelsrecht ist hoch entwickelt und verfolgt eine lange unternehmerisch denkende Tradition.²⁰²

2. *Kein general principle of good faith im englischen Recht*

Die unternehmensfreundliche Auslegung und Zurückhaltung der Gerichte beim Einschreiten in den unternehmerischen Rechtsverkehr spiegelt sich auch darin wieder, dass das englische Recht kein *general principle of good faith* oder *good faith and fair dealing* vorsieht.²⁰³ Indem das englische Recht bewusst von einer Kodifizierung eines solchen Prinzips des *good faith* abgesehen hat, müssen Gerichte, wenn sie in die Grundprinzipien der Vertragsfreiheit (*freedom of contract*) und der Bindungswirkung von Verträgen (*binding force of contract*) eingreifen wollen, jegliche Ausnahmen hierzu rechtfertigen.²⁰⁴ Dies lässt dem unternehmerischen Verkehr noch mehr Vertragsfreiheit ohne Eingriffe, die auf Grundlage allgemeiner Prinzipien von Treu und Glauben erfolgen können. Ob das generelle Prinzip im englischen Recht sich jedoch in Einzelaspekten durchgesetzt hat, wird diskutiert.²⁰⁵ Gleichfalls wird jüngst diskutiert, ob ein konkludentes Prinzip des *good faith* zumindest in *relational commercial contracts*, mithin auf besondere Geschäftsbeziehung basierenden Langzeitverträgen, Anwendung finden sollte²⁰⁶ – was jedoch keine generelle Zustimmung erhält.²⁰⁷ Grundsätzlich besteht aus Sicht des englischen Privatrechts Skepsis gegenüber der Aufnahme eines *general principle of good faith*, da dies aufgrund des unbestimmten Rechtsbegriffes zu einem erheblichen Ausmaß an Rechtsunsicherheit führen würde.²⁰⁸

²⁰¹ *Cartwright*, Contract Law, 3. Aufl. (2016), S. 70.

²⁰² *Sir William Blair*, „Contemporary Trends in the Resolution of International Commercial and Financial Disputes“, Durham University, ICCL Lecture 2016, S. 5.

²⁰³ *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 1-044 f. mit weiteren Beispielen und Rechtsprechung; *ders.*, Oxford Journal of Legal Studies 2019, 404, 426.

²⁰⁴ *Whittaker*, in: The Code Napoléon Rewritten (2017), Contracts, Contract Law and Contractual Principle, S. 46.

²⁰⁵ Siehe hierzu vertiefend *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 1-044 ff.

²⁰⁶ Siehe bspw. Diskussion in *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd* [2013] EWHC 111 (QB), [2013], Rn. 119 ff., Lloyd's Rep 526 (*Leggatt J*); *Al Nehayan v Kent* [2018] EWHC 333 (Comm), Rn. 167–176 (*Leggatt LJ* in Rn. 174 bezüglich *relational contracts* und *good faith*).

²⁰⁷ Zur Diskussion *Whittaker*, Oxford Journal of Legal Studies 2019, 404, 426 m. w. N.

²⁰⁸ So *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 1-047.

3. Unternehmensfreundliche Handelsgerichte durch sehr praxiserfahrene Richter und spezialisierte Commercial Courts

Darüber hinaus hat England kontinuierlich seine Unternehmensfreundlichkeit der Handelsgerichte ausgebessert und seinen internationalen Service der Gerichte ausgebaut.²⁰⁹ Die englischen Gerichte haben sehr handelserfahrene Richter und spezialisierte Gerichte. Die Richter der englischen Gerichte werden aus den Reihen der praktizierenden Anwälte rekrutiert.²¹⁰ Dadurch sind insbesondere in den höheren Gerichten sehr erfahrene und dienstältere Praktiker vertreten, die eine hohe Expertise in ihrem Feld besitzen.²¹¹ Auf diese Weise ist eine langjährige Berufserfahrung auf anwaltlicher Seite Voraussetzung jedes englischen Richters vor den höheren Gerichten.²¹² Durch die deutsche Richterauswahl ist dies nicht garantiert und vielmehr unüblich. Diese Berufserfahrung der Richter stellt einen Anreizfaktor zugunsten des englischen Rechtssystems dar, da die Parteien unternehmerische Gedanken und Anreize verstehende Richter zur Streitbeilegung ihrer Rechtsstreitigkeiten wünschen. Dies ist ein nicht zu unterschätzender prozessualer Faktor des Rechtsstandort Englands.²¹³

4. Einfache Wahlmöglichkeit des forumeigenen Rechts im common law

Vor den englischen Gerichten wird es den Parteien einfach gemacht, das forumeigene Recht, mithin das englische Recht als das auf ihren Vertrag anwendbare Recht anzusehen. Im *common law* reicht das Unterlassen der Parteien einer Rechtswahl, um das Recht des Forums anzuwenden, während nach dem europäischen Rom I-Regime eine ausdrückliche Rechtswahl erforderlich ist.²¹⁴ Um Verzögerungen und Kosten zu vermeiden, die mit der An-

²⁰⁹ Vogenauer, ERPL 2013, 13, 70; für beide Aufgaben bestehen Komitees bzw. Arbeitsgruppen, die die Beachtung und Förderung dieser Zwecke im Blick haben: Civil Procedure Rules Committee, <<https://www.gov.uk/government/organisations/civil-procedure-rules-committee>>; Commercial Court Users Group, Meeting Update aus Juni 2017: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2017/08/comm-court-users-group-mtng-12-june-17-20170803.pdf>>.

²¹⁰ Cartwright, Contract Law, 3. Aufl. (2016), S. 14.

²¹¹ Cartwright, Contract Law, 3. Aufl. (2016), S. 14.

²¹² Cartwright, Contract Law, 3. Aufl. (2016), S. 14; siehe Voraussetzungen des *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007* (dort „judicial-appointment eligibility condition“) abrufbar unter: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/15/contents>>.

²¹³ Zu den Einflussfaktoren auf die unternehmerische Rechtswahl und inwieweit prozessuale Aspekte die materielle Rechtswahl beeinflussen siehe Kapitel 3 – B.II.10 und Kapitel 3 – D.II.

²¹⁴ Fentiman, International commercial litigation (2015), Rn. 5.80, 7.15. Jedoch zum Streit bezüglich des Verhältnisses dieses common law-Prinzips und der Frage eines Anwendungsvorrangs der Rom I-VO während der Zeit der EU-Mitgliedschaft des Vereinigten Königreichs siehe Kapitel 2 – A.II.2.a).

wendung eines ausländischen Rechts verbunden wären, kann englisches Recht statt ausländischen Rechts angewendet werden, wenn die Parteien gar keine Rechtswahl getroffen haben.²¹⁵ Englische Gerichte würden es unter normalen Umständen erlauben, dass internationale Streitigkeiten dem englischen internationalen Recht unterliegen, es sei denn, eine der Parteien würde vorbringen, dass das anwendbare Recht ausländisches Recht sei.²¹⁶ Da dies jedoch nach der Rom I-VO nicht zulässig ist, war für den Zeitraum bis zum Ablauf der Brexit-Übergangsphase am 31. Dezember 2020, d.h. solange die Rom I-VO für England noch in Form von EU-Recht galt, zweifelhaft, ob die *common law*-Auffassung galt.²¹⁷ Diese Unsicherheit könnte sich nach dem Ablauf der Übergangsphase am 31. Dezember 2020 jedoch geändert haben. Die britische Regierung hatte zwar bereits in einem frühen Zeitpunkt nach dem Brexit-Referendum klargestellt, dass die Rom I- und die Rom II-VO Teil des beibehaltenen EU-Rechts nach dem Brexit (*retained EU law post Brexit*) sein werden.²¹⁸ Ob und wie weit eine fortlaufende Bindung der britischen Gerichte an die Auslegung des EuGH der Rom I-VO nach Ablauf des Übergangszeitraumes bestehen würde, hing lange Zeit noch von möglichen Vereinbarungen über die künftigen Beziehungen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich nach Ablauf der *transition period* ab.²¹⁹ Das letztlich vereinbarte Austrittsabkommen vom 31. Dezember 2020 trifft jedoch keine Aussagen zu Fragen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts. Die übernommenen und in nationales Recht implementierten Regelungen der Rom I-VO haben ohne jegliche EU-Bindung bezüglich dieser kollisionsrechtlichen Verordnung lediglich den Status reinen nationalen, britischen Rechts, ohne Vorrang vor anderen Regelungen in England.

²¹⁵ Fentiman, *International commercial litigation* (2015), Rn. 5.77 ff.

²¹⁶ Fentiman, *International commercial litigation* (2015), Rn. 4.04.

²¹⁷ Fentiman, *International commercial litigation* (2015), Rn. 5.78. Ausführungen bezüglich Rechtslage nach dem Brexit s.o. in Kapitel 2 – A.II.2.

²¹⁸ Die Entscheidung der Regierung die Regelungen der Rom I- und Rom II-VO beizubehalten wurde in dem *Government's August 2017 position paper* „Providing a cross border civil judicial cooperation framework: a future partnership paper“, abrufbar unter <<https://www.gov.uk/government/publications/providing-a-cross-border-civil-judicial-cooperation-framework-a-future-partnership-paper>> erklärt. Am 29. März 2019 hat die Regierung die SI No 834, the Law Applicable to Contractual Obligations and Non Contractual Obligations (Amendment etc.) (EU Exit) Regulation (under powers granted by section 8 of the European Union Withdrawal Act 2018) erlassen. Diese Regulation inkorporiert die Vorschriften der Rom I- und Rom II-VO ins nationale Recht Englands mit nur geringfügigen oder sich daraus ergebenden Änderungen. Ausführlich zur kollisionsrechtlichen Rechtslage während des Brexit-Übergangszeitraumes und nach dessen Ablauf s.o. Kapitel 2 – A.II.2.

²¹⁹ Der Wunsch nach einem solchen Abkommen über künftige Beziehungen kommt u. a. in Art. 184 EU-VK-Austrittsabkommen zum Ausdruck.

Während der Geltung der Rom I-VO vor englischen Gerichten war die konzeptionelle Grundlage für das Ignorieren des ausländischen Vertragsrechts und stattdessen einer Ersetzung durch englisches Recht noch ungewiss und streitig.²²⁰ *Fentiman* stützte die *common law*-Auffassung mit dem sich aus Art. 3 Abs. 2 S. 1 Rom I-VO ergebenden Recht der Parteien, jederzeit das auf den Vertrag anwendbare Recht bestimmen zu können.²²¹ Dies könnte den englischen Gerichtsstand aus Flexibilitätsgründen wiederum attraktiv machen, da ein einfaches Unterlassen des Berufens auf ein ausländisches Recht im *common law* ausreichend ist, eine Rechtswahl für das nationale Recht anzunehmen.²²² Anders hingegen fordert das europäische Regime eine ausdrückliche Wahl oder zumindest einen eindeutigen Hinweis für eine wirksame Rechtswahl der Parteien.²²³ Seit dem Ende des Brexit-Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2021 könnten die englischen Gerichte – nun wieder ohne Bedenken bezüglich eines Widerspruchs zu Vorschriften der Rom I-VO – das Nicht-Berufen auf ausländisches Recht unabhängig von der EuGH-Rechtsprechung zur Rom I-VO auslegen und mithin wie zuvor nach der Auffassung des *common law* bestimmen. Ob dies künftig vor englischen Gerichten so erfolgt, bleibt abzuwarten.

V. Andere Wettbewerbslage Englands nach Brexit seit Ablauf des Übergangszeitraumes

Nachdem das Ergebnis des nationalen Referendums am 23. Juni 2016 ergab, dass die Mehrheit für ein Verlassen des Vereinigten Königreiches aus der EU gestimmt hatte, erklärte die damalige Prime Ministerin, the Right Hon. Mrs *Theresa May* MP, am 16. Juli 2016 die Absicht des Vereinigten Königreiches, seine Mitgliedschaft der EU zu beenden.²²⁴ Seit dem 29. März 2017 wurde der Prozess des Art. 50 EUV durch die auslösende Absichtserklärung des Vereinigten Königreichs aus der EU auszutreten gegenüber dem Europäischen Ratspräsidenten, in Bewegung gesetzt²²⁵ und am 31. Januar 2020 trat das Ver-

²²⁰ *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 5.78.

²²¹ *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 5.78.

²²² *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 5.80; *Giuliano / Lagarde*-Bericht, Amtsblatt Nr. C 282 vom 31/10/1980 S. 0001–0050, Absatz (20d) (zu Art. 3).

²²³ *Fentiman*, International commercial litigation (2015), Rn. 5.80; *Giuliano / Lagarde*-Bericht, Amtsblatt Nr. C 282 vom 31/10/1980 S. 0001–0050, Abs. 27 (zu Art. 3 Abs. 3).

²²⁴ Siehe auch: *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 1-014.

²²⁵ Erklärung der Austrittsabsicht abrufbar unter: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/03/pdf/070329_UK_letter_Tusk_Art50_pdf/> (zuletzt verfügbar am 20.8.2020), am 30.3.2021 abrufbar unter: <<https://www.gov.uk/government/publications/prime-ministers-letter-to-donald-tusk-triggering-article-50>>; *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 1-014.

einigte Königreich aus der EU aus.²²⁶ Lange Zeit nach dem Austrittsdatum verblieb unklar, wie sich die Wettbewerbs- und Rechtslage Englands nach Ablauf des Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2020 darstellen würde. Während der im EU-VK-Austrittsabkommen vom 12. November 2019²²⁷ vereinbarten Übergangsphase war das Vereinigte Königreich kein EU-Mitgliedstaat mehr, unterlag aber trotzdem weiterhin in weiten Teilen dem EU-Recht. Bis zuletzt war unklar, ob eine Vereinbarung zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich bis zum Ablauf des Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2020 noch zustande kommen würde und wie diese Regelungen im Einzelnen aussehen würden. Das Austrittsabkommen vom 31. Dezember 2020 trifft letztlich keine Regelungen für das Internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht. Für die Zeit seit dem Ende des Übergangszeitraumes hat das Vereinigte Königreich die Regelungen der Rom I-VO (und der Rom II-VO) weitestgehend ins nationale Recht implementiert. Eine Bindung bei der Auslegung dieser implementierten Regelungen an die EuGH-Rechtsprechung besteht jedoch nicht. Die Rechtslage im Internationalen Zivilverfahrensrecht ist weitaus komplexer, da diese Regelungen auf Gegenseitigkeit basieren oder eine solche Gegenseitigkeit für ihre Anwendung erfordern.²²⁸

Die Attraktivität des Rechtsstandortes England, insbesondere Londons, und der englischen Rechtsordnung könnte durch den Brexit aus Aspekten der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit gestärkt werden. Seit dem Austritt aus der EU und dem Ende der Brexit-Übergangsphase gelten in England keine Regelungen der EU mehr in Form der Verordnung über Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar oder in Form von Richtlinien hinsichtlich des zu erreichenden Zieles gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV verbindlich. Gleichzeitig könnte jedoch auch eine allgemeine Verunsicherung aufgrund der langen Zeit der Ungewissheit im englischen Recht bestehen, die die Wahl des englischen Rechts seit dem Austrittsreferendum weniger attraktiv gemacht hat für unternehmerische Verträge. Außerdem erfahren staatliche Gerichtsentscheidungen aus England seit dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU und dem Ende des Brexit-Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2020 nicht mehr die erleichterten Anerkennungs- und Vollstreckungsvoraussetzungen der Brüssel Ia-VO. Mit dem Vollzug des Brexits ist das Vereinigte Königreich ein Drittstaat für die Zwecke der Brüssel Ia-VO.²²⁹ Dies stellt einen

²²⁶ Ausführlicher zum Brexit und Details zur kollisionsrechtlichen Rechtslage während des Brexit-Übergangszeitraumes und nach dessen Ablauf s.o. Kapitel 2 – A.II.2.

²²⁷ Mitteilung der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der europäischen Union – Rat, Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft (2019/C 384 I/01) v. 12.11.2019.

²²⁸ Ausführlich zur kollisionsrechtlichen Rechtslage in England post-Brexit seit Ablauf des Übergangszeitraumes s.o. unter Kapitel 2 – A.II.2.c).

²²⁹ *Mankowski*, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 3, 8.

möglichen weniger hohen Anreizfaktor zugunsten des englischen Rechtssystems dar.²³⁰ Die Freizügigkeit einer Entscheidung beeinflusst auch maßgeblich deren Fungibilität und folglich deren Wert.²³¹ In dieser Hinsicht hatte die britische Regierung in ihrem *Policy Paper* aus Februar 2020, „The Future Relationship with the EU – The UK’s Approach to Negotiations“, statuiert, dass das Vereinigte Königreich vorschlägt, im Bereich der zivilrechtlichen Zusammenarbeit weiterhin mit der EU zusammenzuarbeiten, und zwar durch multilaterale Präzedenzfälle, die von der Haager Konferenz für internationales Privatrecht festgelegt wurden, und durch den Beitritt Großbritanniens als unabhängige Vertragspartei des Lugano-Übereinkommens 2007.²³² Das Vereinigte Königreich hat am 8. April 2020 einen Antrag auf Wiederbeitritt zum Lugano-Übereinkommen 2007 als einzelnes Mitglied gestellt, der gem. Art. 72 Abs. 3 LugÜ von den Zustimmungen aller Vertragsparteien zum Lugano-Übereinkommen abhängt.²³³ Während die Schweiz, Norwegen und Island bereits ihre Unterstützung angekündigt haben, stehen die Zustimmung der EU und Dänemarks noch aus.²³⁴ Wie wahrscheinlich es ist, dass die EU dem Wiederbeitritt zustimmt, bleibt abzuwarten.²³⁵ Die Zustimmung soll

²³⁰ Zu den Auswirkungen des Brexits auf die unternehmerische Rechts- und Forumswahl siehe ausführlich *Merrett / Sommerfeld*, ERPL 2020, 627–664; Zweifel hegend, ob die teilweise freudig wahrgenommene Schwächung Londons als Streitbeilegungsort durch die Wettbewerber nicht etwas zu voreilig und übermütig war: *Briggs*, Riv. dir. int. priv. proc. 2019, 261, 272 ff.

²³¹ *Mankowski*, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 3, 8.

²³² *Policy Paper*, „The Future Relationship with the EU – The UK’s Approach to Negotiations“, Februar 2020, Rn. 64, abrufbar: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/868874/The_Future_Relationship_with_the_EU.pdf>. Genauer Wortlaut: „The UK proposes continuing to work together with the EU in the area of civil judicial cooperation through multilateral precedents set by the Hague Conference on Private International Law and through the UK’s accession as an independent contracting party to the Lugano Convention 2007.“

²³³ S.a. <<https://www.biicl.org/newsitems/16413/uk-accession-to-the-2007-lugano-convention>> (Beitrag v. *Eva Lein*); <<https://eapil.org/2020/04/25/uk-applies-for-accession-to-lugano-convention/>> (Beitrag v. *Matthias Lehmann*).

²³⁴ <<https://www.biicl.org/newsitems/16413/uk-accession-to-the-2007-lugano-convention>> (Beitrag v. *Eva Lein*); zur Ankündigung der Unterstützung der Schweiz, Norwegen und Islands: <<https://www.gov.uk/government/news/support-for-the-uks-intent-to-accede-to-the-lugano-convention-2007>>. Zustimmung der Schweiz zum Beitritt erfolgte mit Bundesratsbeschluss vom 19. Juni 2020, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/privatrecht/lugue-2007/brexit-auswirkungen.html>>.

²³⁵ Diesbezüglich einerseits skeptisch, sowie andererseits auf die Folgen des „politischen Preises“ einer Bindung an die EuGH-Rechtsprechung hinweisend: *Mankowski*, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 3, 10. Ebenfalls auf politische Schwierigkeiten hinsichtlich der Zustimmung der EU zu einem solchen Beitrittsersuchen des VK hinweisend: *Hess*, IPRax 2016, 409, 415. Weitere Details zur Situation im Internationalen Zivilverfahrens-

dabei innerhalb eines Jahres nach der Aufforderung erfolgen, Art. 72 Abs. 3 LugÜ 2007. Das in letzter Minute vereinbarte Austrittsabkommen vom 31. Dezember 2020 trifft – wie bereits zu erwarten war²³⁶ – keine Regelungen zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht.

Ein Regelungsmechanismus, der für Teile dieses Bereichs an die Stelle des EU-Rechts für das Vereinigte Königreich treten kann, stellt für ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen in internationalen Sachverhalten das Haager Übereinkommen vom 30. Juni 2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen (HCCA) dar, dem das Vereinigte Königreich infolge der Brexit-Erklärung beigetreten ist.²³⁷ Dieser Beitritt erweitert die Anerkennungsmöglichkeiten englischer Entscheidungen im europäischen Justizraum.²³⁸ Eine mögliche weitere Option für das Vereinigte Königreich, Regelungen zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen zu bestimmen, bietet das jüngst verabschiedete Übereinkommen der Haager Konferenz, die „HCCH 2019 Judgments Convention“, vom 2. Juli 2019.²³⁹ Das Übereinkommen ist jedoch noch nicht in Kraft und bislang nur von drei Staaten gezeichnet, Uruguay, Ukraine und Israel.²⁴⁰ Im Übrigen werden die Regeln, die die Befugnis eines Gerichts definieren, zu entscheiden (mithin aus Sicht eines *civil lawyers* die Regeln der Zuständigkeit), zu den ursprünglichen Regeln des *common law* zurückkehren.²⁴¹ Zu erwarten wäre diesbezüglich, dass die Befugnis und Reichweite (oder, wenn man so will die

recht ohne Bestimmungen in einem Abkommen ausführlich: *Mankowski*, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 3, 8–11.

²³⁶ *Mankowski*, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 3, 6.

²³⁷ Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, abrufbar unter: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>>; Ausführungen zum relativ kleinen Wirkungsbereich dieses Übereinkommens aufgrund der inhaltlichen Beschränkung auf „ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen“ (und der Auslegung dieses Begriffs) bei: *Briggs*, Riv. dir. int. priv. proc. 2019, 261, 274 f.; Verweis auf diese letztmögliche Option des Beitritts des Vereinigten Königreichs zu diesem Übereinkommen bereits durch *Dickinson*, J. Priv. Int. Law 2016, 195, 210 sowie durch *Hess*, IPRax 2016, 409, 414.

²³⁸ Ausführlich hierzu *Mankowski*, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 3, 9; Hervorhebung der Bedeutung und Chancen dieses Beitritts für das Vereinigte Königreich post-Brexit durch *Dickinson*, Walking Solo – A New Path for the Conflict of Laws in England, 4.1.2021, <<https://conflictoflaws.net/2021/walking-solo-a-new-path-for-the-conflict-of-law-s-in-england/>>.

²³⁹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (concluded 2 July 2019), <<https://assets.hcch.net/docs/806e290e-bbd8-413d-b15e-8e3e1bf1496d.pdf>>.

²⁴⁰ <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137>>.

²⁴¹ *Briggs*, Riv. dir. int. priv. proc. 2019, 261, 264 ff. – mit weiteren Ausführungen im Detail zu den Regeln und dem Verständnis der „Zuständigkeitsfragen“ in Form der „Rules about service“ im englischen Recht.

„Zuständigkeit“) der englischen Gerichte wieder erweitert wird und daneben auch die Befugnis des Gerichts, weitreichende Anordnungen in Bezug auf die Ausübung dieser Zuständigkeit zu treffen, wiederhergestellt wird.²⁴²

Ebenso werden in England die Folgen des Brexits für den Justizstandort London besprochen.²⁴³ So sieht beispielsweise *Rogerson* keine so große Gefahr im Brexit für den Justizstandort London mit der Begründung, dass es nicht das Anerkennungsregime unter der Brüssel Ia-Verordnung ist, sondern die Erfahrung mit dem unternehmerischen Rechtsverkehr, die Geschwindigkeit des Verfahrens, die Neutralität und die einfache Durchsetzung der Entscheidungen gegen *Assets* im Vereinigten Königreich die Pullfaktoren für die Wahl des Justizstandorts London sind.²⁴⁴ Auch *Briggs* sieht mehr Potential im Brexit für den Justizstandort London als die Gefahr eines „Attraktivitätsverlusts“.²⁴⁵

Die genauen Auswirkungen des Brexits auf die Wettbewerbslage Englands seit dem Ablauf des Brexit-Übergangszeitraumes am 31. Dezember 2020 ohne Regelungen im Austrittsabkommen vom selben Tag im Bereich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts bleiben abzuwarten.²⁴⁶

VI. Fazit zur englischen AGB-Kontrolle

Die *common law rules* beschränken nur in Extremfällen Haftungsbeschränkungsklauseln in unternehmerischen Verträgen (siehe Ziff. I). Daneben betonen die *principles of construction* die Beachtung des unternehmerischen Kontextes bei der Vertragsauslegung (siehe Ziff. II). Die Kontrolle von Haftungsbeschränkungs- und Haftungsausschlussklauseln wird im englischen Recht mithin weitestgehend vom UCTA 1977 bestimmt (Ausführungen siehe Ziff. III). Dieser findet seit 1. Oktober 2015 nicht mehr auf Verbraucherverträge Anwendung. Die Kontrolle des UCTA unterscheidet in weiten Bereichen nicht zwischen ausgehandelten und nicht ausgehandelten Klauseln. Die Wirksamkeit von Haftungsausschluss- beziehungsweise -beschränkungsklauseln hängt folglich im englischen Recht maßgeblich vom *test of reasonableness* des UCTA 1977 ab.

Bei der Auslegung der *reasonableness* kommt es dabei auf den Einzelfall an. Verschiedene Kriterien sind heranzuziehen, wobei die englischen Gerichte stark auf das Kriterium der vergleichbaren Verhandlungsmacht achten (vgl.

²⁴² *Briggs*, Riv. dir. int. priv. proc. 2019, 261, 266.

²⁴³ *Rogerson*, 166 NLJ (2016) 7727, S. 12.

²⁴⁴ *Rogerson*, 166 NLJ (2016) 7727, S. 12, 12. Ausführlich zu den Anreizfaktoren für die unternehmerische Rechts- und Forumswahl s.o. Kapitel 3 – B.

²⁴⁵ *Briggs*, Riv. dir. int. priv. proc. 2019, 261, 281.

²⁴⁶ Siehe hierzu ausführliche Analyse der möglichen Auswirkungen des Brexits auf die unternehmerische Rechts- und Forumswahl durch: *Merrett / Sommerfeld*, ERPL 2020, 627–664.

Art. 11 (2) UCTA 1977 i.V.m. *schedule 2 (a)*). Bei gleicher Verhandlungsmacht (*equal bargaining power*) schreiten die Gerichte nicht ein. Es wird eine hohe Zurückhaltung gegenüber dem Eingreifen in ausgehandelte unternehmerische Vertragsklauseln im englischen Recht gewahrt. Für die Annahme einer *unreasonableness* im unternehmerischen Verkehr wird demzufolge Zurückhaltung in der Rechtsprechung gewahrt und betont. Bei summenmäßigen Haftungsbeschränkungsklauseln wird besonders auf die Versicherbarkeit und Absicherbarkeit des Risikos beziehungsweise des Schadens geachtet (vgl. Art. 11 (4) UCTA 1977). Wichtige Ausnahmen aus dem Anwendungsbereich des UCTA 1977 stellen die der Art. 26 und Art. 27 UCTA 1977 dar. Demnach fallen internationale Lieferverträge aus dem Anwendungsbereich des UCTA 1977 heraus (Art. 26 UCTA 1977) und Verträge mit ausländischer Rechtswahl unterliegen abgemilderten Kontrollen des UCTA 1977 (Art. 27 UCTA 1977). All dies führt mithin zu einer sehr zurückhaltenden Klauselkontrolle im unternehmerischen Verkehr im englischen Recht.

VII. Rechtsvergleich der Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im englischen und deutschen Recht

Die detaillierten Ausführungen zu den Möglichkeiten der Haftungsbeschränkungen in unternehmerischen Verträgen im englischen Recht ermöglichen eine rechtsvergleichende Analyse der Strenge der Klauselkontrolle hinsichtlich der vertraglichen Haftungsbeschränkungen im deutschen und im englischen Recht. Es bestehen Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der Handhabung der Klauselkontrolle der beiden Rechtsordnungen, die nachfolgend – unterteilt nach ihren Funktionen – verglichen und gegenübergestellt werden.

1. Vorliegen einer AGB-Kontrolle

Dem englischen und deutschen Recht ist in der Handhabung der Klauselkontrolle gemein, dass beide über Kontrollmechanismen für Vertragsklauseln in unternehmerischen Verträgen verfügen. Im englischen Recht gilt der UCTA 1977 seit 1. Oktober 2015 nur noch für den unternehmerischen Verkehr – die B2C-Regelungen wurden in den CRA 2015 ausgelagert. Der UCTA 1977 setzt Grenzen für Haftungsbeschränkungsklauseln. Im deutschen Recht sind die Normen der Klauselkontrolle für den B2B- und B2C-Verkehr in einem gemeinsamen Regelungskomplex der §§ 305–310 BGB enthalten.

Anders als im deutschen Recht, das zwischen der Kontrolle von AGB und Individualvereinbarungen maßgeblich unterscheidet, gilt der UCTA 1977 im englischen Recht für Individualvereinbarungen und Klauselwerke (*written standard forms of business*) gleichermaßen. Die englische Klauselkontrolle unterscheidet weitestgehend bei der Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln nicht zwischen ausgehandelten und nicht ausgehandelten Klauseln. Einzige Ausnahme ist dabei Art. 3 UCTA 1977. Im Gegensatz dazu ist im

deutschen Recht ein wichtiger Aspekt für die Praxis, ob die Klauselkontrolle der §§ 305 ff. BGB Anwendung findet, was von der Frage des „Aushandelns“ einer Klausel abhängt.

2. Auslegung von Haftungsbeschränkungs-/ -ausschlussklauseln

Beide Rechtsordnungen wenden die *contra proferentem*-Regel bei der Auslegung von Klauselwerken an. Jedoch findet die Berücksichtigung des unternehmerischen Verkehrs im englischen Recht dabei durchaus mehr Beachtung. Die englischen Gerichte betonen stets die Zurückhaltung gegenüber ausgehandelten unternehmerischen Verträgen. Diese Zurückhaltung der Gerichte im unternehmerischen Verkehr wird bereits bei der Anwendung der *principles of construction* auf Haftungsausschlussklauseln im unternehmerischen Verkehr hervorgehoben, vgl. *Persimmon Homes Ltd v Ove Arup & Partners Ltd* [2016].²⁴⁷ Zudem wirkt mit der Brille eines deutschen Juristen die Entscheidung *Impact Funding Solutions Ltd v AIG Europe Insurance Ltd* [2016] erstaunlich. In dieser Entscheidung entschied der britische *Supreme Court* jüngst, dass eine Haftungsfreizeichnungsklausel für einen wesentlichen Vertragsbruch (*exclusion of liability for fundamental breach*) im unternehmerischen Verkehr wirksam ist, da die Handelspartner fähig sind, sich um ihre eigenen Geschäfte zu kümmern und untereinander frei sein sollen, das Risiko so einzuteilen, wie es ihnen beliebt – ohne richterliche Korrektur.²⁴⁸

Im deutschen Recht wird zwar ebenfalls Rücksicht auf die Bedürfnisse des unternehmerischen Verkehrs genommen, jedoch erfolgt dies weniger weitgreifend und umfassend als im englischen Recht. Im deutschen Recht werden die „im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche“, vgl. § 310 Abs. 1 S. 1, 2. HS BGB, berücksichtigt, wobei die Indizwirkung der Inhaltskontrolle in diesem Bereich kritisiert wird.

3. Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle

Die Rechtsordnungen stellen beide Ausnahmen der Klauselkontrolle für Konstellationen im unternehmerischen Verkehr, in denen die Kontrolle nicht, oder nur eingeschränkter gelten soll.

a) Ausnahme des „Aushandelns“

Unterschiedlich im deutschen und englischen Recht ist dabei zunächst, dass im deutschen Recht keine sogenannte Paketlösung bezüglich eines „Aushandelns“ eines gesamten Vertrages anerkannt ist. Anders genügt es im Gegen-

²⁴⁷ *Persimmons Homes Ltd v Ove Arup & Partners Ltd* [2017] EWCA Civ 373, 683, 694.

²⁴⁸ *Impact Funding Solutions Ltd v Barrington Support Services Ltd (formerly Lawyers at Work Ltd) (AIG Europe Ltd, Third Party)* [2016] UKSC 57, 1422, 1432.

satz hierzu im englischen Recht, wenn der Vertrag im Gesamten verhandelt wurde. Die einzelne Haftungsausschlussklausel selbst muss für ihre Wirksamkeit nicht verhandelt worden sein. Es schadet nicht, wenn die Haftungsausschlussklausel selbst nicht verhandelt wurde, aber andere Teile des Vertrages, damit die Haftungsausschlussklausel gemeinsam mit dem Paket des gesamten Vertrags als ausgehandelt anzusehen ist.

Rechtliche Auswirkungen hat dies im englischen Recht jedoch nur in begrenztem Rahmen. Der maßgebliche Unterschied zwischen Klauseln, die Teil eines *written standard forms of business* sind, und solchen, die ausgehandelt worden sind, ist lediglich, dass erstere stets gem. Art. 3 (2) UCTA 1977 den *test of reasonableness* für eine Wirksamkeit bestehen müssen; ausgehandelte Klauseln müssen diesen nur bei kodifizierten relativen Klauselverboten bestehen und nicht grundsätzlich. Die restlichen Regelungen und der *test of reasonableness* stellen bei einer Anwendbarkeit des UCTA 1977 trotzdem eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Haftungsausschlussklausel dar.

Im deutschen Recht wird das Zugestehen einer sogenannten Paketlösung zwar teilweise vorgeschlagen für den unternehmerischen Verkehr, dies wurde jedoch bislang weder kodifiziert noch hat es durch die Rechtsprechung Geltung erlangt.

b) Ausnahme internationaler Verträge

Weiterer wesentlicher Unterschied zwischen der englischen und deutschen Handhabung der Klauselkontrolle ist die Handhabung internationaler Verträge. Die Beschränkungen, die der UCTA 1977 vertraglichen Haftungsbeschränkungen auferlegt, finden keine Anwendung auf internationale Lieferverträge, *international supply contracts*, vgl. Art. 26 (1) UCTA 1977. Bei Kaufverträgen oder Verträgen, die auf Eigentumsübertragung oder Gebrauchsüberlassung gerichtet sind, die ein grenzüberschreitendes Element innehaben, findet der UCTA 1977 mithin nur beschränkt Anwendung. Dabei wird das grenzüberschreitende Element in der englischen Rechtsprechung recht großzügig angenommen. Grund für die Ausnahme war, dass die *Law Commissions* in 1975 davon ausgingen, dass grenzüberschreitende Verträge typischerweise Transaktionen von einem gewissen Umfang seien und außerdem britische Exporteure nicht strengeren Vorschriften unterliegen sollten als ausländische Wettbewerber es tun. Im Vergleich dazu nimmt das deutsche Recht keine Unterscheidung zwischen nationalen und internationalen Verträgen vor.

Zudem schafft Art. 27 (1) UCTA 1977 unabhängig von der Vertragsart eine Ausnahme von den Kontrollen des UCTA 1977 für Verträge, die nur Kraft Rechtswahl dem englischen Recht (oder einem anderen Recht eines der Teilrechtsgebiete des Vereinigten Königreichs) unterliegen und ansonsten dem Recht eines anderen Staates unterliegen würden. Unterschieden wird demnach, ob ein Vertrag originär, das heißt ohne Rechtswahl, dem englischen

Recht (oder anderem Recht eines Teilrechtsgebietes des Vereinigten Königreichs) unterliegen würde, oder nicht. Auch gibt es zu dieser Regelung kein deutsches Äquivalent, das die durch die AGB-Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln im B2B-Verkehr auferlegten Schranken derartig absenkt. Diese Ausnahmeregelung schufen die *Law Commissions* im Jahr 1975 aus Sorge davor, ausländische Unternehmen davon abhalten zu können, ihre Schiedsstreitigkeiten in London auszuführen.

c) Differenzierung zwischen Großunternehmen und KMUs bei der Klauselkontrolle

Die in Deutschland derzeit geführte Reformdiskussion, ob eine abgemilderte AGB-Kontrolle für Unternehmen erfolgen sollte, hat auch Diskussionen hervorgerufen, ob dabei KMUs eine Sonderrolle zwischen Verbrauchern und (Groß-)Unternehmen zuzusprechen ist. Vergleichsweise wurde im Vereinigten Königreich beim Reformieren des UCTA 1977 im Jahr 2005 überlegt, ob den KMUs – abhängig von ihrem Umsatzvolumen – mehr Schutz im Rahmen der Klauselkontrolle zugesprochen werden solle. Dies wurde im Vereinigten Königreich jedoch letztlich abgelehnt und auch in Deutschland haben diese Überlegungen bislang keine Umsetzung gefunden. Derzeit besteht in beiden Rechtsordnungen keine Differenzierung zwischen KMUs und Großunternehmen.

4. Maßstab der Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln: *reasonableness* und „unangemessene Benachteiligung“

Beide Rechtsordnungen setzen als Maßstab der Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln einen auslegungsbedürftigen, unbestimmten Rechtsbegriff, der unter Beachtung der gesamten Vertragsumstände die Wirksamkeit der Klausel bewerten soll. Das englische Recht nutzt hierzu im UCTA 1977 den Maßstab der *reasonableness*, das deutsche Recht den Maßstab der „unangemessenen Benachteiligung“ des § 307 Abs. 1, 2 BGB.

Unterschiedlich wird hierbei der Maßstab angelegt. Zur Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der *reasonableness* spielt in der englischen Rechtsordnung die Verhandlungsmacht zwischen den Parteien eine wesentliche Rolle. Im englischen Recht legt *Schedule 2* des UCTA 1977 die relative Verhandlungsstärke in Buchstabe (a) und die Marktmacht in Buchstabe (b) als Beurteilungskriterium fest. Dies stellt subjektive, jeweils auf den konkreten Einzelfall eingehende Kriterien dar. Zudem betonen die englischen Gerichte hierbei stets die besondere Berücksichtigung des unternehmerischen Verkehrs und gewähren in diesem auch besonders viel Vertragsfreiheit und üben hohe Zurückhaltung diesem gegenüber aus (vgl. u.a. *Stuart-Smith J in Persimmon Homes Limited v Ove Arup & Partners Limited* [2015] und *Chadwick LJ in Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd* [2001]). Im deutschen Recht ist das Leitbild des dispositiven Gesetzesrechts hierbei der

entscheidende Vergleichsmaßstab und weniger das Machtverhältnis der Parteien, vgl. § 307 Abs. 2 BGB. Die Verhandlungsmacht der Parteien spielt dafür im deutschen Recht bei der Frage des „Aushandelns vs. Stellens“ i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 1, 3 BGB eine Rolle.

5. *Genereller Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit*

In beiden Rechtsordnungen ist der Haftungsausschluss für Verletzungen an Leben, Körper und Gesundheit aufgrund von Fahrlässigkeit nicht möglich. Im englischen Recht statuiert dies ausdrücklich Art. 2 (1) UCTA 1977. Im deutschen Recht ist dies nur für den B2C-Verkehr in § 309 Nr. 7 lit. a BGB statuiert, wird jedoch in Anwendung des § 307 Abs. 1, 2 BGB auch für den unternehmerischen Verkehr so gehandhabt.²⁴⁹

6. *Haftungsausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bei eigenem Verschulden*

Grundsätzlich kann der Haftungsausschluss für Verluste oder Schäden aufgrund von Fahrlässigkeit im englischen Recht gem. Art. 2 (2) UCTA 1977 wirksam sein, wenn der Ausschluss den *test of reasonableness* besteht. Daneben besteht das stets zu beachtende, grundsätzliche Verbot des Ausschlusses der Haftung für die Verletzung von Leben oder Körperverletzungen aufgrund fahrlässigen Verhaltens des Art. 2 (1) UCTA 1977, dass im englischen Recht für AGB und Individualvereinbarungen gilt.

Vergleichsweise kann im deutschen Recht grundsätzlich die Haftung für Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden, vgl. § 276 Abs. 1, 3 BGB im Gegenschluss. In AGB besteht kein ausdrückliches Verbot für den unternehmerischen Rechtsverkehr. Die Indizwirkung des § 309 Abs. 7a, b BGB legt es jedoch nahe, dass dem Haftungsausschluss bei der Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit ebenfalls Grenzen gesetzt sind.²⁵⁰ Dies ist bei Fahrlässigkeit des Klauselverwenders (und auch des Erfüllungsgehilfens) nicht möglich, vgl. § 309 Nr. 7 lit. a BGB.

7. *Haftungsausschluss für Gehilfen*

Das englische Recht beinhaltet keine gesonderten Vorschriften für eine Gehilfenhaftung im UCTA 1977, die speziell für Haftungsbeschränkungsklauseln in Klauselwerken Anwendung finden. Im deutschen Recht ist der Haftungsausschluss für Gehilfenhaftung liberaler möglich als für eigenes Verschulden, vgl. § 278 S. 2 i. V. m. § 276 S. 3 BGB erlaubt in Individualverein-

²⁴⁹ S.o. zum deutschen Recht ausführlich in Kapitel 1 – A.III.3.

²⁵⁰ S.o. zum deutschen Recht ausführlich in Kapitel 1 – A.III.3.

barungen den Haftungsausschluss selbst bei Vorsatz des Gehilfen. In AGB ist eine mögliche Indizwirkung des § 309 Nr. 7 lit. a, b BGB zu beachten.

8. *Summenmäßiger Haftungsausschluss*

Zudem sind in der Theorie nach beiden Rechtsordnungen summenmäßige Haftungsbeschränkungen möglich. Bei der Frage, ob summenmäßige Haftungsbeschränkungen dem Maßstab der *reasonableness* des UCTA 1977 genügen, setzt Art. 11 (4) UCTA 1977 diesem besondere Voraussetzungen. Es sollen im Rahmen summenmäßiger Haftungsbeschränkungen demnach insbesondere die zur Verfügung stehenden Mittel im Falle einer Inanspruchnahme, sowie die Möglichkeit der Versicherbarkeit berücksichtigt werden. Im deutschen Recht bestehen keine gesonderten Regelungen für summenmäßige Haftungsbeschränkungen. Auch deren Beurteilung richtet sich nach den allgemeinen Gültigkeitserwägungen des § 307 Abs. 1, 2 BGB.

9. *Rechtsfolge unwirksamer Klauseln: Keine geltungserhaltende Reduktion*

In beiden Rechtsordnungen findet keine geltungserhaltende Reduktion von unwirksamen Klauseln statt. Klauseln sind gänzlich unwirksam und können nicht auf einen gerade noch wirksamen Teil reduziert werden.

10. *Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit*

Die englische Rechtsprechung betont beständig die große Bedeutung der Vertragsfreiheit im unternehmerischen Verkehr. Zudem verfügt das englische Recht, anders als das deutsche Recht, (bislang) über kein allgemeines Prinzip des „Treu und Glaubens“ beziehungsweise *general principle of good faith*. Dies ermöglicht den englischen Gerichten kein Eingreifen in unternehmerische Verträge auf Grundlage eines so allgemein gehaltenen Prinzips und wird als vorhersehbarere Rechtsprechung durch Unternehmen wahrgenommen.

VIII. Fazit

Im Ergebnis ist mithin die Klauselkontrolle im englischen Recht grundsätzlich zurückhaltender gegenüber unternehmerischen Verträgen als die des deutschen Rechts, was durch die Rechtsprechung der englischen Gerichte stets und bezüglich verschiedener Kontrollaspekte der Klauselkontrolle betont wird. Darüber hinaus eröffnen die Ausnahmen des Art. 26 UCTA 1977 für internationale Lieferverträge und des Art. 27 (1) UCTA 1977 für Verträge, die nicht originär, sondern nur Kraft Rechtswahl dem englischen Recht (oder einem sonstigen Recht der Teilrechtsordnungen des Vereinigten Königreichs) unterliegen, noch zusätzlichen und weitreichenderen Freiraum hinsichtlich Haftungsbeschränkungsklauseln für B2B-Verträge mit einem grenzüberschreitenden Element. Somit ergibt die Analyse der Haftungsausschluss-

möglichkeiten in Klauselwerken des englischen Rechts, dass die Kontrolle hier liberaler ist als im deutschen Recht und demnach im englischen Recht mehr Möglichkeiten für Haftungsausschluss- und -beschränkungsklauseln bestehen als im deutschen AGB-Recht.

C. Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr im Schweizer Recht

Die Schweiz wird oft als attraktive Rechtsordnung in unternehmerischen Verträgen benannt. Sie sei insbesondere für die Verträge zwischen europäischen Parteien eine sehr beliebte Rechtswahl und dies teilweise auch dann, wenn sonst kein Bezug zur Schweiz besteht.²⁵¹ Empirische Daten stützen die Annahme, dass die Schweizer Rechtsordnung in internationalen Handelsverträgen in Europa in der Streitbeilegung vor den staatlichen Gerichten sowie vor Schiedsgerichten häufig gewählt wird.²⁵² In der schweizerischen Literatur wird dieses Bild ebenfalls bestätigt.²⁵³ Ein viel genannter Grund für eine Flucht deutscher Unternehmen ins Schweizer Recht ist die Möglichkeit des Haftungsausschlusses oder der Haftungsbeschränkungen im Schweizer Recht.²⁵⁴ Insbesondere sei eine grundsätzliche Zulässigkeit der Haftungsbegrenzung für einfache Fahrlässigkeit in AGB im kaufmännischen Bereich ein Beweggrund für deutsche Unternehmen, das Schweizer Recht zu wählen.²⁵⁵ Regelmäßig tauchen Vorschläge für deutsche Unternehmen auf, in B2B-Verträgen das Schweizer Recht zu wählen, um Parteiautonomie zu erreichen und dem „strengen“ deutschen AGB-Recht zu entkommen.²⁵⁶ Ist die AGB-Kontrolle des Schweizer Rechts jedoch tatsächlich so viel vorteilhafter und dadurch vorzugswürdiger für den unter-

²⁵¹ *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 182; *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 126.

²⁵² Siehe analysierte empirische Daten in Kapitel 4 – A.

²⁵³ Die beiden u. a. als Rechtsanwälte/-innen in Zürich tätigen Autoren *Voser / Boog* beschreiben einen ähnlichen Eindruck aus der Praxis, dass sie als Schweizer Rechtsanwälte in verschiedensten Branchen auf Verträge trafen, die das Schweizer Recht in der Sache für anwendbar erklären – meist in Kombination mit einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz oder einer Vereinbarung eines schweizerischen Gerichtsstands, vgl. *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 126 und 133.

²⁵⁴ Solche Gründe werden bspw. angegeben von *Brachert / Dietzel*, ZGS 2005, 441; *Hobeck*, SchiedsVZ 2005, 108, 112; ebenso beobachtend *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 133.

²⁵⁵ So die Stimmen aus der Praxis wiedergebend *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 126 m.w.N.

²⁵⁶ *Brachert / Dietzel*, ZGS 2005, 441; *Lischek / Mahnken*, ZIP 2007, 158, 163; *Weller / Benz / Thomale*, ZEuP 2017, 250, 251; Nennung diverser weiterer Vertreter der Ansicht, dass das deutsche AGB-Recht im unternehmerischen Verkehr für eine Rechtsflucht deutscher Unternehmen in das Schweizer Recht verantwortlich sei, siehe bei *Rühl*, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 34 (dort Fn. 4).

nehmerischen Rechtsverkehr als die deutsche? Es stellt sich die Frage, ob das Schweizer Vertragsrecht hinsichtlich der AGB-Kontrolle überhaupt so liberal für unternehmerische Verträge ist und ob es so viel Vertragsfreiheit beinhaltet, wie es sich mancher Unternehmer verspricht.

Im Schweizer Obligationenrecht (OR-Schweiz) gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, dessen wichtigster Aspekt der Inhaltsfreiheit in Art. 19 Abs. 1 OR-Schweiz niedergelegt ist.²⁵⁷ Teilweise wurde diese grundsätzlich gewährleistete Vertragsfreiheit jedoch auch eingeschränkt, unter anderem durch Regelungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.²⁵⁸ Anders als in anderen Rechtsordnungen, wie beispielsweise der deutschen mit ihrer Regelung der §§ 305 ff. BGB, fehlt es in der Schweiz jedoch an einer gesetzlichen Regelung der AGB-Kontrolle.²⁵⁹ Bislang wurde kein umfassendes AGB-Gesetz erlassen oder eine spezielle AGB-Kontrolle im Obligationenrecht kodifiziert.²⁶⁰ Die einzige allgemein gesetzlich ausformulierte Regelung für eine verschärfte Inhaltskontrolle von AGB enthält die wettbewerbsrechtliche Norm des schweizerischen Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG-Schweiz²⁶¹), Art. 8 UWG-Schweiz, die in ihrer revidierten Fassung am 1.7.2012 in Kraft getreten ist.²⁶² Die AGB-Kontrolle in der Schweiz unterliegt dadurch einem Dualismus der Regelungen: einerseits im Obligationenrecht und andererseits im Wettbewerbsrecht.²⁶³ Befremdlich erscheint dabei, dass das Obligationenrecht zwar allgemein als maßgeblicher Regelungsort der AGB-Kontrolle im Schweizer Recht anerkannt ist, die wichtigste gesetzliche Regelung sich aber im Wettbewerbsrecht (UWG) befindet.²⁶⁴

Die Struktur der möglichen Kontrolle von AGB im Schweizer Recht erfolgt auf drei Stufen: die Geltungskontrolle auf der Abschlussebene, die Auslegungskontrolle und die Inhaltskontrolle.²⁶⁵ Diese drei Stufen werden nachfolgend der Reihe nach dargestellt (Ziff. I–III). In Ermangelung spezieller AGB-rechtlicher Normen für die Inhaltskontrolle im B2B-Verkehr im

²⁵⁷ BSK OR I-Huguenin / Meise, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 1; BSK UWG-Thouvenin (2013), Art. 8 N 5.

²⁵⁸ Kramer, Revue de droit suisse 2018, 295, 296.

²⁵⁹ Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 44.04.

²⁶⁰ BSK OR I-Huguenin / Meise, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 23; Rühl, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 40.

²⁶¹ Schweizerisches Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986 (Stand am 1. Juli 2016), abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19860391/>>.

²⁶² BSK OR I-Huguenin / Meise, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 23; Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 44.04.

²⁶³ BSK UWG-Thouvenin (2013), Art. 8 N 47.

²⁶⁴ BSK UWG-Thouvenin (2013), Art. 8 N 47.

²⁶⁵ Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 44.04; siehe auch BSK OR I-Huguenin / Meise, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 27; ebenfalls Rühl, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 40 f.

Schweizer Recht erfolgt eine Kontrolle von Vertragsklauseln im unternehmerischen Verkehr durch die allgemeinen Beschränkungen des Vertragsrechts für Haftungsbegrenzungen des Obligationenrechts, die ebenfalls analysiert werden (Ziff. IV). Sodann wird die Rechtsfolge unwirksamer Klauseln (Ziff. V) und der Rechtsschutz gegen missbräuchliche Klauseln (Ziff. VI) herausgearbeitet. Dieser Überblick ermöglicht – nach einem kurzen zusammenfassenden Fazit zur Schweiz (Ziff. VII) – einen Rechtsvergleich zwischen der Klauselkontrolle im schweizerischen und im deutschen Recht (Ziff. VIII). Dabei wird besonders auf die Attraktivität des Schweizer Rechts und dessen Nachteile für den deutschen Rechtskreis eingegangen.

I. Geltungskontrolle von AGB

Auf erster Ebene erfolgt die Geltungskontrolle von AGB. Hierfür müssen zunächst AGB vorliegen und diese wirksam in den Vertrag einbezogen worden sein. Sodann erfolgt eine Geltungskontrolle anhand von von der Rechtsprechung entwickelten Maßstäben.

1. Vorliegen von AGB

Die Definition von AGB ist im Schweizer Recht nicht legal definiert, wird jedoch einheitlich bestimmt. Im Schweizer Recht sind AGB typischerweise für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen bei Abschluss des Vertrages stellt.²⁶⁶ Dabei können die AGB von dem Verwender selbst, von einem Interessenverband oder auch von einem Dritten vorformuliert sein.²⁶⁷

2. Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Verkehr

Die Einbeziehung von AGB kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent erfolgen, Art. 1 Abs. 2 OR-Schweiz.²⁶⁸ Dabei muss jedenfalls die Möglichkeit der Kenntnisnahme für den Vertragspartner des AGB-Verwenders bestanden haben – die tatsächliche Kenntnisnahme ist hingegen nicht erforderlich.²⁶⁹ Unterschieden wird bei der Kenntnisnahme von AGB durch den Vertragspartner des AGB-Verwenders zwischen der Vollübernahme und der Globalübernahme.²⁷⁰ Bei einem Einverständnis ohne tatsächliche Kenntnis-

²⁶⁶ BG, 28.11.2002 – 4P.135/2002, E.3.1; BSK OR I-Huguenin / Meise, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 23 m.w.N.; Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 44.01; Ehle / Brunschweiler, RIW 2012, 262, 264.

²⁶⁷ Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 44.01.

²⁶⁸ BG, 20.2.1951 – BGE 77 II 154, 156; Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.01.

²⁶⁹ Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.03.

²⁷⁰ BSK UWG-Thouvenin (2013), Art. 8 N 52.

nahme liegt eine sogenannte Globalübernahme vor.²⁷¹ Eine Vollübernahme liegt hingegen vor, wenn eine Partei der Geltung von AGB zugestimmt hat und deren Inhalt vollständig zur Kenntnis genommen hat.²⁷² Bedeutsam wird diese Unterscheidung für die Anwendung der Geltungskontrolle.²⁷³ Im kaufmännischen Verkehr ist auch eine stillschweigende Einbeziehung von AGB möglich, wenn sich Entsprechendes aus einer vorangegangenen Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien oder aus einem Handelsbrauch ergibt.²⁷⁴

3. Ungewöhnlichkeitsregel der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Mangels einer ausdrücklichen Regelung haben die schweizerische Rechtsprechung und Lehre spezifisch für AGB entwickelte Auslegungsgrundsätze entwickelt: die Ungewöhnlichkeitsregel und die Unklarheitenregel^{275,276}. Anhand der unkodifizierten Ungewöhnlichkeitsregel hat die Rechtsprechung Maßstäbe entwickelt, nach denen nicht allen AGB-Klauseln überhaupt Geltung zugesprochen wird. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts werden bei einer Globalübernahme seitens eines geschäftsunerfahrenen Kunden solche Klauseln gar nicht erst Vertragsinhalt, die ungewöhnlich sind und auf die der Kunde nicht besonders hingewiesen worden ist, sogenannte *Ungewöhnlichkeitsregel*.²⁷⁷ Die Geltung vorformulierter AGB wird mithin durch die Ungewöhnlichkeitsregel der Rechtsprechung eingeschränkt.²⁷⁸ Ungewöhnliche AGB-Klauseln erlangen bei pauschaler Übernahme erst gar keine Geltung.²⁷⁹ Auf diese Weise solle der Vertragspartner des Klauselverwenders vor unangemessenen AGB-Klauseln geschützt werden. Dadurch erfolgt eine verdeckte Inhaltskontrolle der AGB im unternehmerischen Verkehr.²⁸⁰

²⁷¹ BG, 5.8.1993 – BGE 119 II 443, 445 („Il est de jurisprudence que celui qui signe un texte comportant une référence expresse à des conditions générales est lié au même titre que celui qui appose sa signature sur le texte même des conditions générales. Il importe peu à cet égard qu'il ait réellement lu les conditions générales en question [...]“); *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.03 m.w.N.

²⁷² BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 52.

²⁷³ Siehe hierzu sogleich in nachfolgendem Abschnitt (Kapitel 4 – C.I.3).

²⁷⁴ BG, 20.2.1951 – BGE 77 II 154, 155 f.; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.05.

²⁷⁵ Zur Unklarheitenregel siehe Ausführungen unter Kapitel 4 – C.II.

²⁷⁶ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 48.

²⁷⁷ BG, 21.6.1983 – BGE 109 II 213; BG, 6.12.1983 – BGE 109 II 452 und BG, 5.8.1993 – BGE 119 II 443; siehe auch: *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.07; *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: AGB nach neuem Schweizer Recht (2014), 227, 228.

²⁷⁸ Siehe u. a. Entscheidung aus 2012: BG, 30.5.2012 – BGE 138 III 411, 412.

²⁷⁹ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 53; BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 27.

²⁸⁰ *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: AGB nach neuem Schweizer Recht (2014), 227, 228.

Die Ungewöhnlichkeitsregel findet als Maßstab der Geltungskontrolle jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen Anwendung. Um den Anwendungsbereich der Ungewöhnlichkeitsregel auszulösen, müssen AGB aufgrund einer Globalübernahme (im Gegensatz zu einer Vollübernahme) in den Vertrag einbezogen worden sein (Buchst. a).²⁸¹ Sodann erlangen nach Maßstab der Ungewöhnlichkeitsregel nur diejenigen AGB-Klauseln keine Geltung, mit deren Inhalt die zustimmende Partei nach den Umständen nicht gerechnet hat und vernünftigerweise auch nicht rechnen musste.²⁸² Demnach ist für eine ungewöhnliche Klausel kumulativ erforderlich, dass subjektive und objektive Ungewöhnlichkeit vorliegt.²⁸³ Dies bedeutet einerseits, dass zwischen den Vertragsparteien ein Macht- beziehungsweise Erfahrungsgefälle besteht (subjektive Komponente) (Buchst. b) und andererseits, dass objektiv eine ungewöhnliche, das heißt überraschende, Vertragsklausel vorliegt (objektive Komponente) (Buchst. c).²⁸⁴

a) Globalübernahme von AGB

Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Ungewöhnlichkeitsregel müssen AGB vorliegen,²⁸⁵ die zudem in Form einer Globalübernahme in den Vertrag aufgenommen worden sind. Bei der Vollübernahme findet die Ungewöhnlichkeitsregel keine Anwendung.²⁸⁶ Eine Globalübernahme – im Abgrenzung zur Vollübernahme – liegt vor, wenn sich eine Vertragspartei mit der Geltung der AGB einverstanden erklärt, ohne deren Inhalt im Einzelnen zur Kenntnis genommen, verstanden und bedacht zu haben.²⁸⁷ Grund dafür ist, dass der AGB-Verwender bei einer globalen Zustimmung des Vertragspartners zu den Klauseln davon ausgehen muss, dass die Vertragspartei einer ungewöhnlichen Klausel, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Maße aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen würden, nicht zustimmt.²⁸⁸ Daher wird eine solche

²⁸¹ *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 227, 228 f.

²⁸² BG, 5.8.1993 – BGE 119 II 443, 446; BG, 6.12.1983 – BGE 109 II 452, 456 f.; BSK *UWG-Thouvenin* (2013), Art. 8 N 53 m. w. N.

²⁸³ BG, 6.12.1983 – BGE 109 II 452, 457 ff.; *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 227, 228 f.; *Rühl*, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 46.

²⁸⁴ *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 227, 228 f.

²⁸⁵ *Rühl*, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 45.

²⁸⁶ BSK *UWG-Thouvenin* (2013), Art. 8 N 53.

²⁸⁷ U. a. BG, 5.8.1993 – BGE 119 II 443, 445 f.; BG, 12.7.1983 – BGE 109 II 116, 118; BSK *UWG-Thouvenin* (2013), Art. 8 N 52 m. w. N.

Klausel von der globalen Zustimmung zu den AGB nicht erfasst.²⁸⁹ Der AGB-Verwender darf nicht damit rechnen, dass sein Vertragspartner die AGB liest, sondern er muss vielmehr davon ausgehen, dass sein Vertragspartner die AGB ungelesen, ohne deren Inhalt im Einzelnen zur Kenntnis genommen, verstanden und beachtet zu haben, annimmt.²⁹⁰

Die Globalübernahme wird in der Praxis vermutet.²⁹¹ Eine gegenteilige Vermutung gegen eine Globalübernahme besteht jedoch dann, wenn eine Klausel besonders hervorgehoben ist.²⁹² Dies kann dann der Fall sein, wenn die Gegenpartei des AGB-Verwenders auf die Klausel gesondert aufmerksam gemacht worden ist²⁹³ oder die Klausel beispielsweise als Fettdruck speziell hervorgehoben wurde.²⁹⁴ In solchen Fällen würde die Geltungskontrolle nicht eingreifen. Somit versagt die Ungewöhnlichkeitsregel dann, wenn auf die Klausel ausdrücklich hingewiesen wurde.²⁹⁵ Folglich schützt die Ungewöhnlichkeitsregel des Schweizer Rechts den Vertragspartner des AGB-Verwenders nicht gegen einseitige Bestimmungen, sondern zwingt lediglich den AGB-Verwender, solche Klauseln entweder optisch besonders hervorzuheben oder den Zustimmungenden ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen.²⁹⁶

*b) Schwächerer oder unerfahrener Vertragspartner
(subjektive Voraussetzung)*

Die subjektive Voraussetzung für eine Unwirksamkeit einer Klausel nach der Ungewöhnlichkeitsregel ist, dass der Vertragspartner „schwächer oder geschäftlich unerfahrener“ als der AGB-Verwender ist.²⁹⁷ Dabei ist auf die Branchenkenntnis abzustellen und auch eine allgemeine Geschäftserfahrung

²⁸⁸ BG, 28.1.2009 – BGE 135 III 225, 227; BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 53 m. w. N.

²⁸⁹ BG, 28.1.2009 – BGE 135 III 225, 227; BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 53 m. w. N.

²⁹⁰ *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: AGB nach neuem Schweizer Recht (2014), 227, 228; BSK UWG-*Thouvenin*, Art. 8 N 52.

²⁹¹ *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: AGB nach neuem Schweizer Recht (2014), 227, 228; BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 52.

²⁹² BG, 28.10.2008 – BGE 135 III 1, 7; BG, 28.1.2009 – BGE 135 III 225, 227; *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: AGB nach neuem Schweizer Recht (2014), 227, 228.

²⁹³ BG, 5.8.1993 – BGE 119 II 443, 446; BG, 28.10.2008 – BGE 135 III 1, 7; BG, 28.1.2009 – BGE 135 III 225, 227; BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 53 m. w. N.

²⁹⁴ BGE 138 III, 411, 414.

²⁹⁵ Siehe so auch ausdrücklich: *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.12.

²⁹⁶ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 54.

²⁹⁷ U. a. BG, 6.12.1983 – BGE 109 II 452, 457 f.; BG, 30.5.2012 – BGE 138 III 411, 412; *Rühl*, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 46 m. w. N.

des unternehmerischen Vertragspartners wird in der gerichtlichen Beurteilung beachtet.²⁹⁸ Ein Machtgefälle zwischen den Vertragsparteien, das die Geltungskontrolle der Ungewöhnlichkeitskontrolle auslöst, liegt insbesondere bei Verträgen zwischen Großunternehmen und KMUs vor.²⁹⁹ Typische Verträge für ein solches Machtgefälle sind Bank- oder Versicherungsverträge.³⁰⁰ Auf diese Weise fließen auch subjektive Betrachtungen des Einzelfalles in die Beurteilung der Ungewöhnlichkeit hinein, unabhängig von einer Branchenüblichkeit einer Klausel.³⁰¹ Dabei kann durchaus auch eine branchenübliche Klausel für einen Branchenfremden ungewöhnlich sein.³⁰² Die individuelle Komponente der Ungewöhnlichkeit setzt mithin eine Bestimmung mit Bezug auf den konkreten Einzelfall aus Sicht des Zustimmenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses voraus.³⁰³

Für die Voraussetzung eines solchen Machtgefälles an „Erfahrenheit und Branchenkenntnis“ zwischen den Vertragsparteien genügt alternativ auch ein faktischer Unterwerfungszwang, der dann besteht, wenn kein anderes Angebot besteht.³⁰⁴ Das Bundesgericht formulierte diesbezüglich in seiner Leitescheidung zur Ungewöhnlichkeitsregel im Jahr 1983:

„Als schwächere Partei muss allerdings auch diejenige gelten, welche unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder anderen Umständen, die sie als stärkere Partei erscheinen lassen, gezwungen ist, allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil sie andernfalls kaum einen Vertragspartner findet.“³⁰⁵

Somit kommt es auf ein gewisses „angewiesen sein“ mangels alternativer Vertragspartner für die Annahme eines Machtgefälles zwischen den Parteien an.

*c) Vorliegen ungewöhnlicher, d. h. überraschender Regelungen
(objektive Voraussetzung)*

Die Ungewöhnlichkeitsregel kommt jedoch nur dann zur Anwendung, wenn neben der subjektiven Voraussetzung die Klausel auch objektiv beurteilt

²⁹⁸ BG, 6.12.1983 – BGE 109 II 452, 458; BG, 5.8.1993 – BGE 119 II 443, 446; *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 227, 229; *BSK UWG-Thouvenin* (2013), Art. 8 N 54.

²⁹⁹ *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 227, 229.

³⁰⁰ *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 227, 229.

³⁰¹ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.07.

³⁰² Bspw. BG, 5.8.1993 – BGE 119 II 443, 446; BG, 30.5.2012 – BGE 138 III 411, 412.

³⁰³ BG, 28.10.2008 – BGE 135 III 1, 7; BG, 5.8.1993 – BGE 119 II 443, 446; *BSK UWG-Thouvenin* (2013), Art. 8 N 54 m. w. N.

³⁰⁴ *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 227, 228.

³⁰⁵ BG, 6.12.1983 – BGE 109 II 452, 457.

ungewöhnlichen Inhalt aufweist. Objektiv ungewöhnlich sind Klauseln, die einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen.³⁰⁶ Dies ist dann anzunehmen, „wenn sie [die Klausel] zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt.“^{307,308} Dabei gilt: „Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren.“³⁰⁹ Auf diese Weise nimmt die Schweizer Rechtsprechung unter dem Deckmantel der Ungewöhnlichkeitsregel eine wertende Auseinandersetzung mit vorformulierten AGB vor.

d) Zwischenergebnis

Zusammenfassend besteht durch die Ungewöhnlichkeitsregel des Bundesgerichts eine verdeckte Inhaltskontrolle in Unternehmerverträgen, wenn AGB aufgrund von einer Globalübernahme in den Vertrag einbezogen worden sind gegenüber einem schwächeren oder unerfahreneren Geschäftspartner und die Klausel objektiv überraschend beziehungsweise ungewöhnlich ist.

Im Vergleich zu Deutschland ähneln die benannten Anforderungen der Ungewöhnlichkeit zwar denen des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, der auf die „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ abstellt, sowie denen des § 305c Abs. 1 BGB, der das Verbot überraschender Klauseln kodifiziert, doch verfügt das Schweizer Recht über eine weitere Ausweichmöglichkeit, die das deutsche Recht derweil nicht kennt.³¹⁰ Genau wie im deutschen Recht ist der Referenzpunkt der AGB-Inhaltskontrolle im Schweizer Recht das dispositiven Gesetzesrecht, um abzuwägen, ob eine Klausel ungewöhnlich ist. Dies ist ein typischer Charakterzug einer AGB-Inhaltskontrolle, wie beispielsweise im deutschen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB („mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist“).³¹¹ In der Schweiz ist auch eine ungewöhnliche Klausel dann wirksam, wenn sie dem Vertragspartner erklärt worden, er auf die betroffene Regelung hingewiesen oder diese optisch hervorgehoben worden ist.³¹² Konsequenz dessen ist, dass die Geltungskontrolle der Ungewöhnlichkeitsregel

³⁰⁶ BG, 6.12.1983 – BGE 109 II 452, 458; BG, 30.5.2012 – BGE 138 III 411, 413; BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 54 m. w. N.; siehe so auch *Rühl*, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 47.

³⁰⁷ BG, 6.12.1983 – BGE 109 II 452, 458; BG, 30.5.2012 – BGE 138 III 411, 413.

³⁰⁸ Siehe auch BG, 28.1.2009 – BGE 135 III 225, 227; BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 54 m. w. N.; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.07.

³⁰⁹ BG, 28.10.2008 – BGE 135 III 1, 7; BG, 28.1.2009 – BGE 135 III 225, 227 f.; BG, 30.5.2012 – BGE 138 III 411, 413; BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 59 m. w. N.

³¹⁰ Siehe so auch *Müller / Griebeler / Pfeil*, BB 2009, 2658, 2662.

³¹¹ *Rühl*, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 49.

³¹² Siehe oben, insb. BG, 28.1.2009 – BGE 135 III 225, 227.

des Schweizer Rechts für vorformulierte Vertragsbedingungen im unternehmerischen Rechtsverkehr durch einen Hinweis auf die Norm umgangen werden kann. Für Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr bedeutet dies, dass eine Unwirksamkeit einer Haftungsbeschränkungsklausel in AGB aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel des schweizerischen Rechts durch einen Hinweis des Klauselverwenders gegenüber seinem Vertragspartner vermieden werden kann.

4. Kritik an „verdeckter Inhaltskontrolle“ und Forderung einer offenen Inhaltskontrolle

An der geltenden Rechtslage der schweizerischen AGB-Kontrolle in Form einer verdeckten Inhaltskontrolle besteht Kritik. Dabei wird unter anderem die Dogmatik der ungeschriebenen, verdeckten Inhaltskontrolle in Praxis und Literatur kritisiert.³¹³ Das Bundesgericht verwische bei der Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel die Prinzipien von Abschluss- und Inhaltskontrolle, indem es bei der Beurteilung der Ungewöhnlichkeit auch den materiellen Regelungsgehalt einer Klausel in seiner Beurteilung mit einbezieht.³¹⁴ Die Ungewöhnlichkeitsregel wirke im Endeffekt dennoch wie eine verdeckte Inhaltskontrolle, die somit als verdecktes Instrument den Ansprüchen der Rechtssicherheit nicht genüge.³¹⁵ Es bestehen Reformüberlegungen pro einer Einführung einer offenen vertragsrechtlichen Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr in der schweizerischen Lehre und Literatur.³¹⁶ So wird für eine generelle, offene AGB-Inhaltskontrolle plädiert, die sich nicht auf Konsumentenverträge beschränkt, sondern auch auf den unternehmerischen Verkehr Anwendung findet.³¹⁷

Kritisiert wird in der Lehre vor allem die mit der verdeckten, ungeschriebenen Inhaltskontrolle anstelle einer Kodifizierung hervorgerufene Rechtsunsicherheit. Die ungeschriebene Inhaltskontrolle gehe zulasten der Vorhersehbarkeit der schweizerischen AGB-Kontrolle.³¹⁸ Die Ungewöhnlichkeitsregel

³¹³ Den Streit darlegend: BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 28-29.

³¹⁴ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.12.

³¹⁵ Kritisch bspw. *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.12; BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 59 m. w. N.

³¹⁶ Siehe so bspw. *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.13; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.02; *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 227, 236 f.; BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 58 m. w. N.

³¹⁷ Vgl. eine solche Befürwortung durch bspw. *Kramer*, *Revue de droit suisse* 2018, 295, 322 f.; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.07; *Wildhaber*, *SJZ* 2011, 537, 541; Darstellung der Reformüberlegungen in: BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 28 m. w. N.; BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 48.

³¹⁸ *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 227, 234.

wurde in den letzten Jahren und Jahrzehnten vom Bundesgericht so weit gefasst, dass vielfach davon gesprochen wird, dass auf diese Weise unter dem Deckmantel des Mechanismus der Geltungskontrolle letztlich eine „verdeckte“ Inhaltskontrolle von AGB im B2B-Verkehr in der Schweiz stattfindet.³¹⁹ Zudem wird gerügt, dass nicht deutlich werde, ob es sich um eine offene Inhaltskontrolle, eine abstrakte oder konkrete Prüfung handeln soll oder ob und in welchem Maße lauterkeitsrechtliche Überlegungen Einfluss bei der Auslegung finden sollen.³²⁰ Und auch das Bundesgericht stellt nicht klar, welche Zielsetzung die AGB-Kontrolle haben soll.³²¹ Dies schafft Rechtsunsicherheit.³²²

Weiter wird gerügt, dass von der Vertragsfreiheit praktisch nur wenig für den den AGB unterworfenen Kunden übrig bleibe und von einer Richtigkeitsgewähr oder -chance der AGB kaum noch ausgegangen werden könne, außer in individuell ausgehandelten Verträgen zwischen gleich starken Vertragspartnern.³²³ Ob eine Klausel von einem Gericht im Einzelfall als unklar angesehen werde, ähnele *Schwenzer* zufolge mehr oder weniger einem Roulette-Spiel.³²⁴ Würde eine offene Inhaltskontrolle auch für den B2B-Verkehr eingeführt werden (wie bislang nur für den B2C-Verkehr über Art. 8 UWG-Schweiz), würde mehr Rechtssicherheit eintreten und die Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitenregel könnten sich auf ihren sachlich berechtigten Kern zurückbeziehen.³²⁵ Somit sei aus Gründen der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit eine offene Inhaltskontrolle auch im B2B-Bereich geboten.³²⁶

Außerdem birgt die Rückausnahme zur Ungewöhnlichkeitsregel, dass diese keine Anwendung findet und somit außer Kraft gesetzt ist, sobald der Klauselverwender auf die betroffene Klausel ausdrücklich hingewiesen hat,³²⁷ Risiken. Eine solche Rückausnahme schützt nur vor dem Zweck, den eine Geltungskontrolle verfolgen würde. Da die Ungewöhnlichkeitsregel jedoch überwiegend als Inhaltskontrolle agiert, erscheint es nicht das passende

³¹⁹ *Rühl*, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 45; *Wildhaber* SJZ 2011, 537, 538; *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: AGB nach neuem Schweizer Recht (2014), 227, 228.

³²⁰ *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: AGB nach neuem Schweizer Recht (2014), 227, 234.

³²¹ *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: AGB nach neuem Schweizer Recht (2014), 227, 234.

³²² *Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: AGB nach neuem Schweizer Recht (2014), 227, 234.

³²³ So *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.02.

³²⁴ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.12.

³²⁵ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.13.

³²⁶ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.07; siehe auch *Wildhaber*, SJZ 2011, 537, 541 und 545.

³²⁷ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.12.

Rechtsinstrument, bei einem Hinweis eine unbillige Klausel dennoch als wirksam zu erachten.³²⁸ Ein Hinweis schürt nicht die „Unbilligkeit“ der Klausel – sie bleibt dennoch unbillig.

Zudem sei eine AGB-Kontrolle auch im B2B-Verkehr gerechtfertigt, da sich eine verhandlungspsychologische „Sogwirkung“ durch das Vorlegen vorformulierter Texte in Vertragsverhandlungen unabhängig davon ergebe, ob dies gegenüber Verbraucher oder Unternehmer erfolge.³²⁹ Ebenso bestünde nur dann ein ökonomischer Anreiz für das Gegenprüfen der vorgelegten AGB auch im unternehmerischen Verkehr, wenn der Vertragswert oder die Vertragsrisikokosten die Transaktionskosten einer Überprüfung rechtfertigen würden.³³⁰ In Fällen, in denen die Transaktionskosten keine Prüfung der vorgelegten AGB des Vertragspartners rechtfertigen würden, würde durch den unternehmerischen Geschäftspartner des Klauselstellers keine Klauselkontrolle als Eigenkontrolle mehr erfolgen.³³¹ In solchen Fällen sei eine AGB-Kontrolle im B2B-Verkehr im Schweizer Recht gerechtfertigt.³³² Somit ist auch in der Schweiz eine AGB-Kontrolle im B2B-Verkehr nicht verpönt, sondern – im Gegenteil – vielerseits sogar erwünscht.

Zudem haben sich teilweise bereits Stimmen der schweizerischen Literatur dafür ausgesprochen, dass die Gerichte AGB trotz Fehlens einer offenen, das heißt gesetzlichen Regelung einer umfassenden Inhaltskontrolle auch im B2B-Bereich unterziehen sollen.³³³ Das schweizerische Bundesgericht hat sich diesbezüglich jedoch (noch) nicht bekannt und wendet bislang lediglich die allgemeinen Regelungen zur Abschluss- und Auslegungskontrolle an.³³⁴

Nachdem verschiedene Vorschläge zur Einführung einer allgemeinen AGB-Kontrolle in das Allgemeine Vertragsrecht des Obligationenrechts (dort in Form einer Neufassung des Art. 20 OR-Schweiz) gescheitert waren³³⁵, steht jüngst ein neuer Entwurf (OR 2020)³³⁶ zur Debatte. Zuvor wurde außerdem eine Parlamentarische Initiative aus dem Jahr 2014 im Dezember 2017

³²⁸ *Rühl*, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 50.

³²⁹ *Kramer*, *Revue de droit suisse* 2018, 295, 322.

³³⁰ *Kramer*, *Revue de droit suisse* 2018, 295, 322.

³³¹ *Kramer*, *Revue de droit suisse* 2018, 295, 322 f.

³³² So *Kramer*, *Revue de droit suisse* 2018, 295, 323.

³³³ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.07.

³³⁴ *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 133.

³³⁵ Siehe hierzu ausführlich: BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 66-67. U.a. ist im Jahr 2003 ein unternommener Versuch gescheitert, vgl. Empfehlung EKK vom 3.6.2003, abrufbar unter: <<https://www.konsum.admin.ch/bfk/de/home/eidg--kommission-fuer-konsumentenfragen--ek-k/-empfehlungen.html>>; hierzu auch: *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 44.05.

³³⁶ Veröffentlichung des OR 2020 unter: <<http://or2020.ch/>> (zuletzt verfügbar am 20.8.2020).

vom Nationalrat zurückgewiesen.³³⁷ Der neue Entwurf für einen neuen Allgemeinen Teil des Schweizer Obligationenrechts (OR 2020) wurde zwischen 2007–2012 von einer Gruppe Professoren/-innen erarbeitet und 2013 veröffentlicht.³³⁸ Der Entwurf sieht eine ausdrückliche Normierung der Unklarheitenregel, Art. 32 OR 2020, vor und ebenso eine offene Inhaltskontrolle, Art. 33 OR 2020, vor, nicht hingegen kodifiziert der Entwurf die Ungewöhnlichkeitsregel.³³⁹ Gleichzeitig soll die Anwendung nicht auf Konsumenten-AGB beschränkt sein, sondern sich auch auf den unternehmerischen Verkehr ausdehnen.³⁴⁰ Der Entwurf wurde bislang nicht umgesetzt.³⁴¹

II. Auslegung von AGB

Die grundsätzliche Auslegung von AGB folgt im Schweizer Recht den allgemeinen Auslegungsprinzipien.³⁴² Die AGB-Auslegungskontrolle (Interpretationskontrolle) unterliegt demnach dem allgemeinen Vertragsrecht. AGB-Klauseln unterliegen als Vertragsbestandteile somit den in Art. 18 OR-Schweiz entwickelten, auf den konkreten Vertragsschluss abstellenden, vertragsrechtlichen Interpretationsregeln.³⁴³ Wegen des typischerweise heteronomen Charakters der AGB-Formulierung sind hier Sonderregeln entwickelt worden.³⁴⁴ Die Auslegung erfolgt mit der Ausnahme, dass sie in Anwendung des Vertrauensprinzips ohne Rücksichtnahme auf die individuelle Konstellation des Vertrages erfolgt.³⁴⁵ Darüber hinaus haben Rechtsprechung und Lehre zwei Maxime entwickelt, die insbesondere bei Vertragsschluss unter Nutzung von AGB Beachtung finden sollen: den Vorrang der Individualabrede und die *interpretatio contra proferentem* („Unklarheitenregel“).³⁴⁶

³³⁷ Parlamentarische Initiative 14.440 vom 23. September 2014, Art. 8 UWG – Missbräuchliche Geschäftsbedingungen, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20140440>>; siehe auch: *Rühl*, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 42 f.

³³⁸ Veröffentlichung des OR 2020 unter: <<http://or2020.ch/>> (zuletzt verfügbar am 20.8.2020); BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 48.

³³⁹ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 48; *Kern / Bettinger*, ZEuP 2014, 562, 572.

³⁴⁰ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 48; *Kern / Bettinger*, ZEuP 2014, 562, 572.

³⁴¹ Mit Bericht vom 31.1.2018 teilte der Bundesrat mit, dass er aktuell keinen Revisionsbedarf beim Allgemeinen Teil des Obligationenrechts sehe, abrufbar unter: <<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2018/2018-01-310.html>>.

³⁴² *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.08.

³⁴³ *Kramer*, in: *Kramer / Probst / Perrig* (Hrsg.), Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (2016), Rn. 21.

³⁴⁴ *Kramer*, in: *Kramer / Probst / Perrig* (Hrsg.), Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (2016), Rn. 21.

³⁴⁵ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.08.

³⁴⁶ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.08.

Erstere Regelung hat zur Folge, dass im Falle eines Widerspruches zwischen AGB und Individualvereinbarung der Parteien, die Individualabrede der AGB-Klausel vorgeht.³⁴⁷ Über diesen Weg wurden durch das Bundesgericht bereits über den Grundsatz des *venire contra factum proprium* wiederholt Haftungsausschlussklauseln in Kaufverträgen als unwirksam erklärt, wenn zuvor durch den Verkäufer eine bestimmte Eigenschaft zugesichert oder garantiert wurde.³⁴⁸

Darüber hinaus kommt bei der Auslegung von AGB der von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Unklarheitenregel eine besondere Bedeutung zu.³⁴⁹ Diese Regel gelangt jedoch nur dann zur Anwendung, wenn alle anderen Auslegungsmittel versagt haben.³⁵⁰ Nach der Unklarheitenregel muss sich der Verfasser einer unklaren Vertragsbestimmung die für ihn ungünstigere Auslegungsvariante entgegenhalten lassen.³⁵¹ Demnach sind unklare Vertragsklauseln zu Ungunsten derjenigen Vertragspartei auszulegen, die sie formuliert oder verwendet hat.³⁵² Unklarheiten gehen bei uneindeutigen AGB-Klauseln mithin zu Lasten des Verwenders.³⁵³ Rechtsvergleichend erinnert die schweizerische Unklarheitenregel sehr an die *contra proferentem rule* des englischen Rechts³⁵⁴ und dem Auslegungsgrundsatz im Zweifel zu Lasten des Verwenders gem. § 305c Abs. 2 BGB³⁵⁵.

Daneben und in engem Zusammenhang mit der Unklarheitenregel besteht das sogenannte *Restriktionsprinzip* im Schweizer Recht. Demnach sind Klauseln, die vom dispositiven Recht abweichen, besonders eng zu interpretieren.³⁵⁶ Über dieses Prinzip wurden in der Rechtsprechung bereits wiederholt Freizeichnungsklauseln in Kauf- oder Werkverträgen überspielt, wenn der wirtschaftliche Zweck des Vertrages durch die Klausel ansonsten wesentlich beeinträchtigt wurde.³⁵⁷

³⁴⁷ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.09; siehe auch BG, 24.10.1967 – BGE 93 II 317, 325 f.

³⁴⁸ Siehe so bspw. BG, 21.3.1983 – BGE 109 II 24, 24; BG, 27.6.1996 – BGE 122 III 426, 429 f.; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.09.

³⁴⁹ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 56; BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 3.

³⁵⁰ BG, 7.3.1996 – BGE 122 III 118, 124; BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 56 m. w. N.

³⁵¹ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 56 m. w. N.

³⁵² *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 134; BK-*Weber*, Art. 100 OR Rn. 80.

³⁵³ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.10.

³⁵⁴ S.o. Kapitel 4 – B.II.

³⁵⁵ Siehe auch MüKo / *Basedow*, 8. Aufl. 2019, § 305c BGB, Rn. 48–52.

³⁵⁶ BG, 12.11.1991 – BGE 117 II 609, 621; BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 3; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.11 m. w. N.

³⁵⁷ Vgl. bspw. BG, 9.11.1965 – BGE 91 II 344, 348 ff.; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 45.11 m. w. N.

III. Inhaltskontrolle von AGB

Im Hinblick auf die Inhaltskontrolle kennt das Schweizer Recht – im Gegensatz zum deutschen Recht – keine kodifizierte allgemeine Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr. Die offene Inhaltskontrolle des Art. 8 UWG-Schweiz gilt seit 2012 im Schweizer Recht nur noch für Konsumentenverträge und nicht mehr wie zuvor auch für den unternehmerischen Verkehr (Ziff. 1). Die Einbeziehung von KMUs in den Schutzbereich des Art. 8 UWG-Schweiz n.F. wurde dabei diskutiert, jedoch im Ergebnis abgelehnt (Ziff. 2). Die Verortung der offenen Inhaltskontrolle im UWG-Schweiz ist ein geradezu untypischer Ort, der auch im Schweizer Recht diskutiert wird (Ziff. 3). Somit verbleibt die soeben beschriebene Ungewöhnlichkeitsregel die einzige AGB-spezifische „Inhaltskontrolle“ auf Ebene der Geltungskontrolle für den B2B-Verkehr im Schweizer Recht.

1. Keine offene AGB-Inhaltskontrolle (mehr) des Art. 8 UWG-Schweiz im unternehmerischen Verkehr

Für den unternehmerischen Rechtsverkehr besteht im Schweizer Recht – anders als im deutschen Recht – keine offene, das heißt kodifizierte, Inhaltskontrolle von AGB.³⁵⁸

Die wichtigste Grundlage für eine offene Inhaltskontrolle von AGB im Schweizer Recht befindet sich in Art. 8 UWG-Schweiz, mithin im Wettbewerbsrecht.³⁵⁹ Die Norm des Art. 8 UWG-Schweiz a.F. galt bis zum 30. Juni 2012 gleichermaßen für Verbraucher- (/Konsumenten-) und Unternehmer-AGB.³⁶⁰ Der am 17. Juni 2011 abgeänderte und seit 1. Juli 2012 in Kraft getretene neue Art. 8 UWG-Schweiz ist seit der Reform im Anwendungsbereich auf Konsumentenverträge (B2C-Verkehr) beschränkt. Der neu gefasste Art. 8 UWG-Schweiz stellt eine offene Inhaltskontrolle für AGB dar.³⁶¹ Für Nichtkonsumentenverträge im Schweizer Recht bleibt es auch nach der Revidierung des Art. 8 UWG-Schweiz bei der bis dahin praktizierten verdeckten Inhaltskontrolle.³⁶²

³⁵⁸ *Grolimund*, AGB in Unternehmensverträgen, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 227, 228; *Müller / Griebeler / Pfeil*, BB 2009, 2658, 2662; *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 66; *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 4; *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 133 – noch zur Rechtslage 2009 vor Inkrafttreten des neuen Art. 8 UWG-Schweiz im Juli 2012. Daher haben diese auch die Aussage bzgl. des B2B- und des B2C-Bereichs getroffen.

³⁵⁹ BSK *UWG-Thouvenin* (2013), Art. 8 N 49.

³⁶⁰ BSK *UWG-Thouvenin* (2013), Art. 8 N 49; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.03; *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 133 – noch zur alten Rechtslage vor Juli 2012.

³⁶¹ *Grolimund*, AGB in Unternehmensverträgen, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 227, 228.

³⁶² BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 26.

Seit seinem Inkrafttreten am 1. März 1988 und bis zum 1. Juli 2012 lautete Art. 8 UWG-Schweiz a.F.:

„Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei: a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.“³⁶³

Die Norm lehnte sich zwar an § 307 Abs. 2 BGB des deutschen Rechts an, unterscheidet sich jedoch maßgeblich an dem Erfordernis der Irreführung.³⁶⁴ Gerade wegen des Irreführungserfordernisses („in irreführender Weise“) blieb die Norm des Art. 8 UWG-Schweiz a.F. in der Praxis nahezu wirkungslos und eine effektive Inhaltskontrolle konnte über diese Norm nicht erreicht werden.³⁶⁵ Das Irreführungserfordernis setzte dabei – anders als die Voraussetzung des § 307 Abs. 2 BGB – eine der Klausel innewohnende Täuschungsgefahr voraus.³⁶⁶ Die Kontrolle des Art. 8 UWG-Schweiz a.F. fand gerade keine Anwendung auf klar formulierte und unmissverständliche – also nicht „in irreführender Weise“ – in den Vertrag einbezogene, aber inhaltlich zu Lasten des Kunden einseitige AGB.³⁶⁷ Ein Nachweis der Irreführung gelang aufgrund der relativ hohen Anforderungen regelmäßig nicht.³⁶⁸

Das Merkmal der Irreführung passte in den wettbewerbsrechtlichen Kontext des UWG-Schweiz. Da eine Irreführung im Wettbewerbsrecht jedoch nur relevant ist, wenn sie die nachfragerrelevante Markttransparenz beeinträchtigt und damit die Entscheidung der Abnehmer beeinflusst, handelt es sich um ein Merkmal, dass für AGB unpassend ist.³⁶⁹ Der Inhalt von AGB hat kaum je Nachfragerrelevanz, da die Abnehmer die AGB in der Regel vor ihrer Ent-

³⁶³ UWG in der Fassung bis zum 1.7.2012 abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19860391/201204010000/241.pdf>>. Zum Inkrafttreten 1988: BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 61.

³⁶⁴ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.03.

³⁶⁵ *Kramer*, in: *Kramer / Probst / Perrig* (Hrsg.), *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (2016), Rn. 68; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.03; *Pfeiffer*, in: *Wolf / Lindacher / Pfeiffer*, *AGB-Recht*, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 86; BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 49 und 62; *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 133; *Pfeiffer*, in: *FS Graf v. Westphalen*, 2010, 555, 559. Es gab nur einen einzigen Fall, in dem das Bundesgericht die Voraussetzung der „Irreführung“ als erfüllt ansah (BG, 5.8.1993 – BGE 119 II 443, 447). In diesem Fall war jedoch gleichzeitig auch die Ungewöhnlichkeitsregel als erfüllt angesehen, sodass Art. 8 UWG a.F. keine entscheidende Bedeutung zukam. Siehe hierzu vertiefend: BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 64.

³⁶⁶ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.03.

³⁶⁷ *Kramer*, in: *Kramer / Probst / Perrig* (Hrsg.), *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (2016), Rn. 68.

³⁶⁸ *Pfeiffer*, in: *Wolf / Lindacher / Pfeiffer*, *AGB-Recht*, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 86; *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 133.

³⁶⁹ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 63.

scheidung kaum oder gar nicht zur Kenntnis nehmen.³⁷⁰ Das Merkmal der Irreführung integrierte den Art. 8 UWG-Schweiz a.F. mithin zwar ins UWG-Schweiz, passte jedoch von Anfang an nicht auf die AGB-Problematik.³⁷¹

Die am 1. Juli 2012 in Kraft getretene Neufassung des Art. 8 UWG-Schweiz verzichtet nun auf das Erfordernis der Irreführung, beschränkt ihren personellen Anwendungsbereich jedoch auf B2C-Geschäfte.³⁷² Das sachfremde Zusatzerfordernis der „Irreführung“ wurde somit durch die Revidierung des Art. 8 UWG-Schweiz fallen gelassen.³⁷³ Die nunmehr verschärfte Kontrolle der offenen Inhaltskontrolle gilt nun lediglich zugunsten von Verbrauchern.³⁷⁴ Unternehmerverträge fallen folglich nicht mehr in den Anwendungsbereich des neuen Art. 8 UWG-Schweiz.³⁷⁵ Als Konsumentenverträge gelten gem. Art. 32 Abs. 2 ZPO-Schweiz

„Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse der Konsumentin oder des Konsumenten bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden.“^{376, 377}

Der neu gefasste Art. 8 UWG-Schweiz deklariert es als unlauteres Handeln,

„wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der *Konsumentinnen und Konsumenten* ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.“ (Hervorhebung durch Verf.)

Die neue Fassung des Art. 8 UWG-Schweiz entspricht im Wesentlichen der Generalklausel der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG), womit sich die Auslegung und Anwendung des Art. 8 UWG-Schweiz an den Vorgaben der RL 93/13/EG und der Rechtsprechung des EuGH orientieren kann.³⁷⁸ Dabei erlaubt Art. 8

³⁷⁰ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 63.

³⁷¹ So siehe auch BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 63.

³⁷² *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.03; BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 23; *Pfeiffer*, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 86.

³⁷³ BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 23.

³⁷⁴ *Kramer*, *Revue de droit suisse* 2018, 295, 298 und 312; BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 23; *Rühl*, *Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht*, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 42.

³⁷⁵ *Grolimund*, *AGB in Unternehmerverträgen*, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 227, 228 sowie 235; *Kramer*, *Revue de droit suisse* 2018, 295, 298 und 312; *ders.*, in: *Kramer / Probst / Perrig* (Hrsg.), *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (2016), Rn. 8.

³⁷⁶ Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO-Schweiz) abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html>>.

³⁷⁷ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.04.

³⁷⁸ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 26.

UWG-Schweiz jedoch einzig eine abstrakte AGB-Kontrolle.³⁷⁹ Eine konkrete AGB-Kontrolle unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände des konkreten Vertragsverhältnisses ist aufgrund der Konzeption des Tatbestandes und der Rechtsbehelfe des UWG-Schweiz nicht möglich.³⁸⁰ Somit kann insbesondere nicht das konkrete Kräfteverhältnis der Parteien oder die Einflussnahmemöglichkeiten des AGB-Verwenders auf die Vertragspartei bei Anwendung des Art. 8 UWG-Schweiz beachtet werden.³⁸¹ Folglich kann die Rechtsprechung des EuGH und die Bestimmungen der RL 93/13/EWG nicht unbesehen auf das Schweizer Recht übertragen werden.³⁸² Der Kontrollmaßstab des Art. 8 UWG-Schweiz entspricht im Wesentlichen dem des deutschen AGB-Rechts des § 307 BGB.³⁸³ Bislang besteht kein Klauselkatalog mit Einzelverboten für missbräuchliche Klauseln im Schweizer Recht, sondern nur die Generalklausel des Art. 8 UWG-Schweiz. In der Literatur wird teilweise angenommen, dass die Klauselkataloge ausländischer Rechtsordnungen wie die der §§ 308, 309 BGB des deutschen Rechts den Schweizer Gerichten als nützliche Leitlinie dienen könnten.³⁸⁴

Ob neben der Kontrolle des Art. 8 UWG-Schweiz für AGB noch Platz für eine allgemeine vertragsrechtliche Inhaltskontrolle besteht, ist in der Literatur umstritten. Fraglich ist dabei, ob neben und über Art. 8 UWG-Schweiz hinausgehend die Gerichte aufgerufen sind, eine AGB-Inhaltskontrolle anhand der allgemeinen Regeln des OR durchzuführen.³⁸⁵ Das Bundesgericht hat sich diesbezüglich bislang nicht geäußert und stattdessen die Kontrolle anhand der Abschluss- und Auslegungskontrolle durchgeführt.³⁸⁶

Zusammenfassend besteht seit dem Inkrafttreten der Revidierung des Art. 8 UWG-Schweiz am 1. Juli 2012 keine kodifizierte, offene Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr im Schweizer Recht. Und auch zuvor lief der Schutz des Art. 8 UWG-Schweiz a.F. weitestgehend leer.

2. Einbeziehung von KMUs in den Schutzbereich des Art. 8 UWG-Schweiz n. F.?

Bei der Reformierung des Art. 8 UWG-Schweiz hatte sich der Bundesrat im Vorfeld der Gesetzesänderung ausdrücklich für die Einbeziehung von KMUs

³⁷⁹ BSK UWG-Thouvenin (2013), Art. 8 N 75.

³⁸⁰ BSK UWG-Thouvenin (2013), Art. 8 N 75.

³⁸¹ BSK UWG-Thouvenin (2013), Art. 8 N 75.

³⁸² BSK UWG-Thouvenin (2013), Art. 8 N 76.

³⁸³ Pfeiffer, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 86; a.A. BSK UWG-Thouvenin (2013), Art. 8 N 77.

³⁸⁴ Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.04a.

³⁸⁵ Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.06.

³⁸⁶ Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.06.

in den Schutzbereich des Art. 8 UWG-Schweiz n.F. aufgrund ihrer vergleichbaren Situation wie Konsumenten ausgesprochen.³⁸⁷ Der schweizerische Gesetzgeber hat sich bei der Reform bewusst dagegen entschieden, auch KMUs in den Schutzbereich des Art. 8 UWG-Schweiz n.F. aufzunehmen.³⁸⁸ Dabei ist die Beschränkung, Art. 8 UWG-Schweiz n.F. nur auf AGB, die gegenüber einem Verbraucher verwendet werden, anzuwenden, erst in der letzten Phase des gesetzlichen Revisionsverfahrens eingefügt worden.³⁸⁹ Die Beschränkung nur auf den Konsumentenverkehr wird kritisiert³⁹⁰ und stellt nur Teil eines Kompromisses dar.³⁹¹

3. *Untypischer Ort der AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht (UWG)*

Dass sich im Schweizer Recht die wesentliche Norm zur AGB-Kontrolle, Art. 8 UWG-Schweiz, im Wettbewerbsrecht, anstatt wie typischerweise zu erwarten im Vertragsrecht befindet, ist ungewöhnlich, lässt sich jedoch durch die Entstehungsgeschichte erklären. Bei der Einreichung eines Gesetzentwurfs zur Ergänzung des Obligationenrechts zwecks Festlegung von Grundsätzen über Gültigkeit und Ungültigkeit von AGB (Botschaft 1983, 1014)³⁹² sprach sich der Bundesrat gegen eine Ergänzung der Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts und auch gegen eine Sondergesetzgebung für AGB aus (Botschaft 1983, 1052)³⁹³.³⁹⁴ Anstelle dessen wies der Bundesrat in seiner Antwort darauf hin, dass die Regelung missbräuchlicher Vertragsklauseln insbesondere bei der Revision des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb einbezogen wird (Botschaft 1983, 1014)³⁹⁵.³⁹⁶ Auf diese Weise waren die Weichen für den spezifisch schweizerischen Dualismus als Mix einer wettbewerbs- und vertragsrechtlichen AGB-Kontrolle gestellt.³⁹⁷

Auch die Schweizer Literatur adressiert diese Eigenart kritisch. Sie erachtet dies als rechtssystematisch verfehlt, da es sich bei der Wirkung der AGB-Kontrolle des Art. 8 UWG-Schweiz um eine Phase der Vertragsabwicklung handelt.³⁹⁸ In dieser Phase seien Anbieter und Abnehmer jedoch Vertragsteilnehmer und keine Wettbewerbsteilnehmer auf dem Markt, sodass gerade

³⁸⁷ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bundesrat, Bundesblatt 2009, S. 6159, 6173.

³⁸⁸ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.04.

³⁸⁹ *Pfeiffer*, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 86.

³⁹⁰ *Wildhaber*, SJZ 2011, 537 ff.

³⁹¹ *Wildhaber*, SJZ 2011, 537, 541.

³⁹² BBl. 1983, 1009, 1014.

³⁹³ BBl. 1983, 1009, 1052.

³⁹⁴ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 60.

³⁹⁵ BBl. 1983, 1009, 1014.

³⁹⁶ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 60.

³⁹⁷ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 60.

³⁹⁸ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 25.

nicht die wettbewerbliche, sondern die vertragliche Phase des Verhältnisses von Anbietern und Abnehmern erfasst ist.³⁹⁹ Nach der Streichung des „Irreführungserfordernisses“ des Art. 8 UWG-Schweiz seit 1. Juli 2012 fehlt der Norm nun endgültig eine Verankerung im materiellrechtlichen Kontext des Wettbewerbsrechts des UWG-Schweiz.⁴⁰⁰ Zuvor stellte das Tatbestandsmerkmal der „Irreführung“ einen Bezug zur Generalklausel des UWG-Schweiz (Art. 2 UWG-Schweiz) und dem Zweckartikel (Art. 1 UWG-Schweiz) dar.⁴⁰¹

Da die Norm des Art. 8 UWG-Schweiz materiell Vertragsrecht bildet, hat auch ihre Auslegung und Anwendung nach den allgemeinen zivil- und insbesondere vertragsrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen – unabhängig von den übrigen Normen des UWG-Schweiz.⁴⁰²

Welche Rechtsfolgen und Auswirkungen bringt diese ungewöhnliche Platzierung der AGB-Kontrolle mit sich? Die ungewöhnliche Platzierung der AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht birgt auch Risiken. Würde im deutschen Recht ein Unterlassungsanspruch gegen den Klauselverwender nach § 8 UWG bestehen, könnten nicht nur Vertragspartner des Klauselverwenders sondern auch Mitbewerber gegen die Verwendung unzulässiger Klauseln eines Unternehmens vorgehen.⁴⁰³ Dadurch, dass gem. Art. 9 UWG-Schweiz auch Konkurrenten klagebefugt sind, um gegen die Klauseln vorzugehen, ist die Klagebefugnis umfassender als im deutschen Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (UkLaG).⁴⁰⁴ Konkurrenten können in diesem Zusammenhang auch Ansprüche auf Schadensersatz und Gewinnherausgabe zustehen gem. Art. 9 Abs. 3 UWG-Schweiz.⁴⁰⁵ Die lauterkeitsrechtlichen Rechtsbehelfe der Art. 9 und Art. 10 Abs. 1 UWG-Schweiz spielen jedoch in der Praxis für AGB keine Rolle.⁴⁰⁶ Bedeutsam ist jedoch das Verbandsklagerecht nach Art. 10 Abs. 2 UWG-Schweiz und das Klagerecht des Bundes gem. Art. 10 Abs. 3 UWG-Schweiz.⁴⁰⁷

IV. Allgemeine vertragsrechtliche Kontrollen

Schutz gegen unbillige Geschäftsbedingungen gewähren im Schweizer Recht, gemeinsam mit der Ungewöhnlichkeitsregel, vor allem die Regeln des ge-

³⁹⁹ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 25.

⁴⁰⁰ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 73.

⁴⁰¹ BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 73.

⁴⁰² BSK UWG-*Thouvenin* (2013), Art. 8 N 74.

⁴⁰³ MüKo / *Basedow*, 8. Aufl. 2019, § 306 BGB, Rn. 52.

⁴⁰⁴ *Pfeiffer*, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 86.

⁴⁰⁵ Art. 9 Abs. 3 UWG-Schweiz; *Pfeiffer*, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 86.

⁴⁰⁶ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.05.

⁴⁰⁷ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.05.

meinen Zivilrechts.⁴⁰⁸ AGB erfahren im Schweizer Recht zwar im B2C-Verkehr über das Wettbewerbsrecht Begrenzungen. Die Kontrolle des Art. 8 UWG-Schweiz n.F. findet jedoch keine Anwendung auf den unternehmerischen Rechtsverkehr. Für unternehmerische Parteien bleibt das allgemeine Vertragsrecht, dessen allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit auch AGB unterliegen.⁴⁰⁹ Die gesetzlichen Grenzen für Freizeichnungsklauseln bestimmen die Art. 100 und Art. 101 Abs. 2, 3 OR-Schweiz. Dabei differenziert das allgemeine Vertragsrecht des OR-Schweiz grundsätzlich nicht danach, ob eine Freizeichnungsklausel individuell ausgehandelt oder Teil von AGB ist (mit Ausnahme der Artt. 256 Abs. 2 lit. a, 288 Abs. 2 lit. a im OR BT).⁴¹⁰ Daneben können sich unternehmerische Parteien in B2B-Verträgen gegenüber dem Verwender der AGB lediglich auf die allgemeinen Kontrollkriterien der Art. 19–21 OR-Schweiz berufen.⁴¹¹

1. Allgemeine Schranken von Haftungsfreizeichnungsklauseln, Art. 100, 101 Abs. 2, 3 OR-Schweiz

Daneben weisen die allgemeinen Regelungen des Obligationenrechts (OR AT) der Art. 100 und Art. 101 Abs. 2, 3 OR-Schweiz Grenzen für Haftungsfreizeichnungsklauseln auf.⁴¹² Sie gelten für AGB und Individualvereinbarungen sowie für den B2B- und B2C-Verkehr.⁴¹³ Dabei differenziert das Regime der Artt. 100–101 OR-Schweiz nach dem Grad des Verschuldens. An diesen sind für eine wirksame Haftungsfreizeichnung unterschiedliche Maßstäbe angelegt, je nachdem ob es sich um die Haftung für eigenes Verschulden oder das für Hilfspersonen handelt. Dabei geht Art. 100 OR-Schweiz stillschweigend von dem Grundsatz aus, dass vertragliche Haftungsausschlüsse oder -beschränkungen zulässig sind, was sich aus dem Prinzip der Privatautonomie ergibt.⁴¹⁴

a) Haftung für eigenes Verschulden, Art. 100 Abs. 1 OR-Schweiz

Bei der Haftung für eigenes Verschulden hängt gem. Art. 100 Abs. 1 OR-Schweiz die Wirksamkeit der Freizeichnung vom Grad des Verschuldens ab. Ein vertraglicher Ausschluss beziehungsweise die Freizeichnung von der

⁴⁰⁸ So bereits auch schon zur Rechtslage 1996: *Zweigert / Kötz*, 3. Aufl. 1996, S. 330.

⁴⁰⁹ *Rühl*, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 43 m. w. N.

⁴¹⁰ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.03.

⁴¹¹ *Kramer*, *Revue de droit suisse* 2018, 295, 306.

⁴¹² *Voser / Boog*, *RIW* 2009, 126, 133; *Kramer*, *Revue de droit suisse* 2018, 295, 299 ; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.03.

⁴¹³ *Kramer*, *Revue de droit suisse* 2018, 295, 297; *Müller / Griebeler / Pfeil*, *BB* 2009, 2658, 2663.

⁴¹⁴ *BSK OR I-Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 1; *BK-Weber*, Art. 100 OR Rn. 8.

Haftung für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit ist in der Schweiz gem. Art. 100 Abs. 1 OR-Schweiz unwirksam.⁴¹⁵ Art. 100 Abs. 1 OR-Schweiz bestimmt, dass „Eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, [...] nichtig [ist].“ Die Abbedingung der Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ist mithin unzulässig – eine Freizeichnung für leichte oder mittlere Fahrlässigkeit ist grundsätzlich möglich.⁴¹⁶

Die Haftung kann nach Schweizer Recht auch summenmäßig beschränkt und einzelne Schadensfolgen, beispielsweise der entgangene Gewinn, ausgeschlossen werden.⁴¹⁷ Jedoch gelten diese Beschränkungen ebenfalls nur im Rahmen des Art. 100 Abs. 1 OR-Schweiz, das heißt sie sind ungültig, sobald die Haftung für Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden soll.⁴¹⁸ Gleiches gilt für Modalitäten der Haftung, die in einer Weise die Haftung regeln, die im Ergebnis zu einer Verschlechterung der Haftungslage des Geschädigten führen, wie beispielsweise eine Umkehr der Beweislast oder eine Verkürzung der Verjährung.⁴¹⁹ Da die Haftungsfreizeichnung für grobe Fahrlässigkeit unzulässig ist, ist es auch die Beschränkung der Haftung auf eine bestimmte Summe im Falle der groben Fahrlässigkeit.⁴²⁰ Die Beweislast, dass weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit vorliegt, obliegt dabei dem Schuldner.⁴²¹ Der Beweis, dass Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit vorliegt, obliegt hingegen dem Gläubiger.⁴²²

Die Norm des Art. 100 OR-Schweiz mit dessen Grenzen für die Haftungsfreizeichnung gehört zum zwingenden Recht der Schweiz.⁴²³ Sie ist eigentlich ein gesuchter Vorteil der Schweizer Rechtsordnung bei einer Rechtsflucht in dieselbe. Kehrseite der Medaille des Art. 100 Abs. 1 OR-Schweiz ist jedoch, dass aufgrund des zwingenden Charakters der Norm die Haftung für grobe Fahrlässigkeit selbst durch Individualvereinbarung nicht abbedungen werden kann.⁴²⁴ Ob dieser Unterschied zum deutschen Recht den „Rechtsflüchtigen“

⁴¹⁵ Art. 100 Abs. 1 OR-Schweiz; *Pfeiffer*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl. Rn. 87; *Kramer*, *Revue de droit suisse* 2018, 295, 314; *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658, 2663; *Leuschner/Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 4.

⁴¹⁶ *Voser/Boog*, RIW 2009, 126, 133; BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 4; BK-*Weber*, Art. 100 OR Rn. 5; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.04.

⁴¹⁷ *Voser/Boog*, RIW 2009, 126, 134; BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 6.

⁴¹⁸ *Voser/Boog*, RIW 2009, 126, 134.

⁴¹⁹ BK-*Weber*, Art. 100 OR Rn. 15; *Voser/Boog*, RIW 2009, 126, 134.

⁴²⁰ BG, 24.10.1989 – BGE 115 II 474, 479; BG, 14.9.1976 – BGE 102 II 256, 264; BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 4; BK-*Weber*, Art. 100 OR Rn. 67.

⁴²¹ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.04.

⁴²² BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 5.

⁴²³ BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 1; *Voser/Boog*, RIW 2009, 126, 133.

⁴²⁴ *Voser/Boog*, RIW 2009, 126, 133 f.

aus der deutschen Rechtsordnung in die Schweizer Rechtsordnung bewusst ist, ist fraglich.

b) Haftung für Hilfspersonen, Art. 101 Abs. 2 OR-Schweiz

Bei der Haftung für Hilfspersonen gem. Art. 101 OR-Schweiz kann die Haftung weitgehender abbedungen werden als bei der Haftung für eigenes Verschulden gem. Art. 100 OR-Schweiz.⁴²⁵ Eine Freizeichnung ist nach Art. 101 Abs. 2 OR-Schweiz beim Einsatz von Hilfspersonen für solche Fälle möglich, in denen dem Geschäftsherrn im Sinne hypothetischer Vorwerfbarkeit Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden müsste.⁴²⁶ Hypothetische Vorwerfbarkeit fragt dabei danach, ob die Handlung der Hilfsperson dem Schuldner vorzuwerfen wäre, wenn er sie selbst vorgenommen hätte.⁴²⁷ Somit geht es nicht um die sorgfältige Auswahl der Hilfsperson oder die Urteilsfähigkeit der Hilfsperson, sondern darum, ob dem Schuldner das Verhalten der Hilfsperson vorzuwerfen wäre, hätte er sie selbst vorgenommen.⁴²⁸ Der Geschäftsherr haftet dem Gläubiger gem. Art. 101 Abs. 1 OR-Schweiz für jeden von einer Hilfsperson im Sinne der Norm verursachten Schaden, sofern er nicht beweist, dass die Hilfsperson alle Sorgfalt angewendet hat, die nach dem Schuldverhältnis von ihm selbst zu erwarten war.⁴²⁹ Anders als im deutschen Recht ist Voraussetzung der Haftung für Hilfspersonen im Schweizer Recht eine bloße „hypothetische Vorwerfbarkeit“ und kein Verschulden des Gehilfen.⁴³⁰ Der Schuldner hat für einen verursachten Schaden einzustehen, wenn ihm die Handlung des Gehilfen vorwerfbar wäre, wenn er sie selber vorgenommen hätte.⁴³¹ Selbst wenn dem Gehilfen aus subjektiven Gründen kein Verschulden anzulasten wäre, könnte der Schuldner nach Art. 101 Abs. 1 OR-Schweiz mithin haften.⁴³²

Hilfsperson i. S. d. Art. 101 Abs. 1 OR-Schweiz ist dabei jede Person, die mit Wissen und Wollen des Schuldners bei der Erfüllung einer Schuldpflicht tätig wird.⁴³³ Es kommt dabei nicht darauf an, dass der Erfüllungsgehilfe der Autori-

⁴²⁵ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.05; BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 101 N 16; *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 134.

⁴²⁶ BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 101 N 11; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.05.

⁴²⁷ Vgl. BG, 22.6.1993 – BGE 119 II 337, 338; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 23.10.

⁴²⁸ BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 101 N 11 und 13; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 23.10; BK-*Becker*, Art. 101 OR Rn. 15.

⁴²⁹ BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 101 N 15.

⁴³⁰ *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 134.

⁴³¹ *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 134; BG, 28.10.1987 – BGE 113 II 424, 426.

⁴³² *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 134.

⁴³³ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 23.04; BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 101 N 7 m. w. N.

tät des Geschäftsherrn untergeordnet ist.⁴³⁴ Erfüllungsgehilfen können Arbeitnehmer und Hausgenossen (wie im Gesetz benannt) aber auch Praktikanten des/der Anwalts/Anwältin, Sprechstundenhilfen des/der Arztes/Ärztin und auch unabhängige Dritte, wie beispielsweise ein Subunternehmer sein.⁴³⁵ Nicht zum Kreis der Erfüllungsgehilfen gehört, wer durch seine Leistung an den Schuldner nur eine eigene Verpflichtung erfüllt, wie beispielsweise der Lieferant des Käufers oder der Frachtführer beim Versendungskauf nach Art. 189 OR-Schweiz.⁴³⁶ Der Vertragsschuldner haftet nicht vertragsmäßig für Schädigungen durch den Erfüllungsgehilfen, wenn diese nur bei Gelegenheit der Erfüllung stattfinden, mit der Erfüllung selbst jedoch in keinem sachlichen Zusammenhang stehen.⁴³⁷ Art. 101 Abs. 1 OR-Schweiz ist dabei eine Zurechnungsnorm für Drittverhalten (und keine eigene Anspruchsgrundlage).⁴³⁸

c) Haftungsfreizeichnung im Arbeitsverhältnis oder bei Gewerbebetrieben, deren Ausübung eine öffentliche Konzession voraussetzt, Art. 100 Abs. 2, 101 Abs. 3 OR-Schweiz

Die stärksten Einschränkungen bestehen für Haftungsfreizeichnungen im Arbeitsverhältnis und bei Gewerbebetrieben, deren Ausübung eine öffentliche Konzession voraussetzt, um die schwächere Vertragspartei stärker zu schützen.⁴³⁹ Für diese beiden Sonderfälle sehen Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 OR-Schweiz strengere Regelungen vor.⁴⁴⁰

Art. 100 Abs. 2 OR-Schweiz dehnt die Nichtigkeit einer Klausel in den benannten Fällen auf leichtes Verschulden aus.⁴⁴¹ Art. 100 Abs. 2 OR-Schweiz statuiert:

„Auch ein zum voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden kann nach Ermessen des Richters als nichtig betrachtet werden, wenn der Verzichtende zur Zeit seiner Erklärung im Dienst des anderen Teiles stand, oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt.“

Zur ersten Fallgruppe zählen Arbeitsverhältnisse und zur letzteren zählen obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe wie die Bahn und die Post, aber auch

⁴³⁴ BK-Becker, Art. 101 OR Rn. 9.

⁴³⁵ Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 23.04 m.w.N.; BSK OR I-Wiegand, 6. Aufl. 2015, Art. 101 N 8 mit diversen Beispielen.

⁴³⁶ BK-Becker, Art. 101 OR Rn. 11.

⁴³⁷ BK-Becker, Art. 101 OR Rn. 17.

⁴³⁸ BSK OR I-Wiegand, 6. Aufl. 2015, Art. 101 N 2; Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 23.02.

⁴³⁹ Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.06; BK-Weber, Art. 100 OR Rn. 5.

⁴⁴⁰ BSK OR I-Wiegand, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 8; BSK OR I-Wiegand, 6. Aufl. 2015, Art. 101 N 17.

⁴⁴¹ Vosser / Boog, RIW 2009, 126, 133; BSK OR I-Wiegand, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 8.

Banken und die Luftseilbahn.⁴⁴² Teilweise will die Literatur darüber hinaus Ärzte/-innen, Anwälte/-innen, Notare, Apotheker/-innen, Gastwirte/-innen und Energieversorgungsunternehmen dazu zählen.⁴⁴³ In all diesen Fällen ist gem. Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 OR-Schweiz die Freizeichnung für eigenes Verschulden im Regelfall nicht möglich (Art. 100 Abs. 2 OR-Schweiz) und die Haftung für Hilfspersonen kann nur bezüglich leichter Fahrlässigkeit wegbedungen werden (Art. 101 Abs. 3 OR-Schweiz).⁴⁴⁴ Teilweise wird in der neueren Literatur vertreten, dass in diesem Zusammenhang auch die Haftungsfreizeichnung für mittlere oder leichte Fahrlässigkeit ungültig sein kann, wenn sie der Natur des Geschäfts widerspricht.⁴⁴⁵ Grund für die Herausnahme dieser zwei Sonderfälle ist, dass man einem Missbrauch von Marktmacht (beim Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber) oder einem Ausnutzen einer gewissen Monopolstellung (bei den obrigkeitlich konzessionierten Gewerben) vorbeugen wollte.⁴⁴⁶ Art. 100 OR-Schweiz gehört dabei zum zwingenden Recht der Schweiz.⁴⁴⁷ Die Norm gilt für alle Formen der Vertragsklauseln und nicht nur – wie in Deutschland die vergleichbare Regelung zum Verbot des Haftungsausschlusses für grobes Verschulden (§ 309 Nr. 7 lit. b BGB) – für AGB.⁴⁴⁸ Ebenso gilt sie für alle Verträge und nicht nur primär zugunsten der Verbraucher, wie in Deutschland.⁴⁴⁹

Daneben setzt Art. 101 Abs. 3 OR-Schweiz für die gleichen Vertragskonstellationen weitere Grenzen der Haftungsfreizeichnung. Die Norm bestimmt: „Steht aber der Verzichtende im Dienst des andern oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes, so darf die Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden.“ In den benannten Fällen darf die Haftung demnach höchstens für leichtes Verschulden abbedungen werden.⁴⁵⁰ Dabei ist die Grenze zwischen leichter, mittlerer und grober Fahrlässigkeit im Schweizer Recht nicht leicht zu ziehen.⁴⁵¹ Das schweizerische Bundesgericht wendet diesbezüglich das Kriterium der „elementarsten Sorgfalt“ an.⁴⁵² Demnach setzt grobe Fahrlässigkeit

⁴⁴² BSK OR I-Wiegand, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 8–11 m.w.N.; Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.06 m.w.N.

⁴⁴³ Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.06.

⁴⁴⁴ Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.06.

⁴⁴⁵ So BSK OR I-Wiegand, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 6 m.w.N.; ohne Stellungnahme (nur berichtend): Schwenger, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.07.

⁴⁴⁶ BSK OR I-Wiegand, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 9 und 10.

⁴⁴⁷ Voser / Boog, RIW 2009, 126, 133.

⁴⁴⁸ Kramer, Revue de droit suisse 2018, 295, 314 f.

⁴⁴⁹ Kramer, Revue de droit suisse 2018, 295, 314 f.

⁴⁵⁰ BSK OR I-Wiegand, 6. Aufl. 2015, Art. 101 N 17; vgl. BG, 18.11.1986 – BGE 112 II 450, 456.

⁴⁵¹ Voser / Boog, RIW 2009, 126, 134.

⁴⁵² BG, 15.9.2004 – 4C.126/2004, E. 2.3; Voser / Boog, RIW 2009, 126, 134.

voraus, dass die vertragsbrüchige Partei das außer Acht lässt, was jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen beachten würde.⁴⁵³ Die Beweislast für die Entlastung des Geschäftsherrn, dass die Hilfsperson bei der Erfüllung mit jener Sorgfalt vorgegangen ist, die der Gläubiger auch vom Geschäftsherrn erwarten durfte, obliegt dem Geschäftsherrn.⁴⁵⁴ Die Rechtsfolge eines Verschuldens der Hilfsperson, für das der Geschäftsherr einzustehen hat, ist, dass der Geschäftsherr dem Gläubiger den verursachten Schaden zu ersetzen hat.⁴⁵⁵ Im Vergleich zum deutschen Recht verbietet die Schweizer Rechtsordnung den Haftungsausschluss bezüglich allem außer einfacher Fahrlässigkeit in den benannten Sonderkonstellationen des Art. 101 Abs. 3 OR-Schweiz gänzlich. Hingegen lässt § 307 Abs. 1, 2 BGB in diesen Fällen dem Gericht Ermessen. Dieses kann Erwägungen im Einzelfall tätigen und anhand des § 307 Abs. 1, 2 BGB i.V.m. §§ 278 S. 2, 276 BGB auslegen sowie gegebenenfalls die Indizwirkung der Klauselverbote des § 309 Nr. 7 lit. a BGB bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit bei Fahrlässigkeit des Erfüllungsgehilfen beachten und den § 309 Nr. 7 lit. b BGB bei grober Fahrlässigkeit des Erfüllungsgehilfen bei der Auslegung der Norm heranziehen.

2. Spezielle Kontrollen des besonderen Vertragsrechts

Im Besonderen Teil des Obligationenrechts (OR BT) bestehen daneben für die einzelnen Vertragstypen besondere Bestimmungen, die Haftungsausschlussklauseln Grenzen setzen.⁴⁵⁶

Mögliche „Fallstricke“ im Bereich des Besonderen Teils des Obligationenrecht befinden sich beispielsweise mit Blick auf die Vermutungsregel des im kaufmännischen Verkehr anwendbaren Art. 190 OR-Schweiz im Falle des Verzugs im Fahrniskauf oder der allgemeinen Gefahrtragungsregel für Kauf- und Tauschverträge des Art. 185 Abs. 1 OR-Schweiz, nach der in Ermangelung vertraglicher Absprachen, „[...] Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschlusse des Vertrages auf den Erwerber über[gehen].“⁴⁵⁷ So sind gem. Art. 199 OR-Schweiz im Kaufrecht unabhängig von der Form einer Klausel als AGB oder als Individualabreden Abbedingungen der Täuschungsanfechtung oder die Gewährleistungsfreizeichnung bei arglistigem Verschweigen des Gewährleistungsmangels nichtig.⁴⁵⁸ Dabei ist die Norm des Art. 199 OR-

⁴⁵³ *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 134.

⁴⁵⁴ BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 101 N 19.

⁴⁵⁵ BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 101 N 18.

⁴⁵⁶ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 23.03 und 24.10; BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 12.

⁴⁵⁷ Siehe hierzu ausführlicher *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 128 ff.

⁴⁵⁸ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.11; BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 3; weitere Beispiele zu Kontrollmechanismen von Klauseln im Schweizerischen

Schweiz zwingendes Recht.⁴⁵⁹ Somit sind die kaufrechtlichen Regelungen milder für den Verkäufer und zugunsten von Freizeichnung. Streitig und vom BG bislang offengelassen ist jedoch, ob Art. 199 OR-Schweiz den allgemeinen Regeln vorgeht.⁴⁶⁰ Die Antwort auf diesen Streit ist weniger praxisrelevant, da das Bundesgericht die Freizeichnungsklauseln in erster Linie im Wege der Auslegung kontrolliert.⁴⁶¹

Im Miet- und Pachtrecht verbieten Art. 256 Abs. 2 und Art. 288 Abs. 2 OR-Schweiz sämtliche Haftungsfreizeichnungen des Vermieters oder Verpächters für den vertragsgemäßen Gebrauch der Sache, soweit die Freizeichnungsklausel in vorformulierten AGB ist oder es sich um Wohn- oder Geschäftsräume handelt.⁴⁶² Diese Regelungen zugunsten des Mieters oder des Pächters gehen nach überwiegender Meinung den allgemeinen Vorschriften vor.⁴⁶³ Das Bundesgericht hat dies bislang nicht entschieden.

Daneben bestehen weitere spezielle Bestimmungen in Sondergesetzen (z. B. Art. 29 LPG, Art. 16 PauRG, Art. 8 PrHG, Art. 87 Abs. 1 SVG).⁴⁶⁴

3. Grenzen des allgemeinen Vertragsrechts der Artt. 19–21 OR-Schweiz

Art. 19 Abs. 1 OR-Schweiz statuiert einen der wichtigsten Grundsätze der Vertragsfreiheit des Schweizer Obligationenrechts: die Inhaltsfreiheit.⁴⁶⁵ Dieser Grundsatz erfährt wiederum eine Reihe von Schranken, die Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR-Schweiz enthalten.⁴⁶⁶ Die rechtliche Haltbarkeit einer Klausel (Inhaltskontrolle) richtet sich im Schweizer Recht anhand der aufgelisteten (und teilweise überschneidenden) allgemeinen Kontrollkriterien der Art. 19 Abs. 2, Art. 20 Abs. 1 OR-Schweiz sowie Art. 27 Schwei-

Vertragsrecht siehe *Kramer*, *Revue de droit suisse* 2018, 295, 314; *Voser / Boog*, *RIW* 2009, 126, 128 und 134.

⁴⁵⁹ *Voser / Boog*, *RIW* 2009, 126, 134.

⁴⁶⁰ Unentschieden bspw. in BG, 2.6.1981 – BGE 107 II 161, 166 m.w.N.; BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 3; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.11 m.w.N.; *Voser / Boog*, *RIW* 2009, 126, 134.

⁴⁶¹ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.11 mit Verweis auf BG, 6.10.2004 – BGE 130 III 686, 689 ff.

⁴⁶² *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.12.

⁴⁶³ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.12; BK-*Becker*, Art. 20 OR Rn. 18.

⁴⁶⁴ Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht (LPG) vom 4. Oktober 1985 (Stand am 1. Januar 2014), Bundesgesetz über Pauschalreisen (PauRG) vom 18. Juni 1993 (Stand am 1. Juli 1994), Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz, PrHG) vom 18. Juni 1993 (Stand am 1. Juli 2010), Strassenverkehrsgesetz (SVG) vom 19. Dezember 1958 (Stand am 1. Januar 2020); *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.12 f.

⁴⁶⁵ BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 1 und 5 m.w.N.; siehe auch bspw. BG, 7.5.2002 – BGE 129 III 35, 42.

⁴⁶⁶ BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 1.

zerisches Zivilgesetzbuch (ZGB-Schweiz).⁴⁶⁷ Hierzu gehören die unabänderlichen Vorschriften, die öffentliche Ordnung, die guten Sitten, das Recht der Persönlichkeit (Art. 19 Abs. 2 OR-Schweiz), die Unmöglichkeit der Leistung, der widerrechtliche Inhalt und wiederum die guten Sitten (Art. 20 Abs. 1 OR-Schweiz) sowie die persönliche Freiheit, das Recht und die Sittlichkeit (Art. 27 Abs. 2 ZGB-Schweiz).⁴⁶⁸ Darüber hinaus besteht nur die eingangs erwähnte verschärfte Inhaltskontrolle (Angemessenheitskontrolle) des Art. 8 UWG-Schweiz.⁴⁶⁹ Die Generalklauseln für Verträge der Artt. 19–21 OR-Schweiz gewähren jedoch grundsätzliche Vertragsfreiheit und gebieten nur sehr weit gesteckte Grenzen.⁴⁷⁰ Sind mithin die kartellrechtlichen Voraussetzungen für Begrenzungen nicht gegeben, so sehen sich AGB im unternehmerischen Verkehr im Schweizer Recht über das Maß der allgemeinen Gültigkeitskontrolle der Artt. 19, 20 OR-Schweiz keiner Begrenzung ausgesetzt.⁴⁷¹

Trotz verschiedener Möglichkeiten des Haftungsausschlusses im Schweizer Recht ist nach allgemeiner Auffassung der Ausschluss oder die Beschränkung der Haftung für Körperschäden in jedem Fall unzulässig.⁴⁷² Ein solcher Ausschluss würde gegen die guten Sitten i.S.d. Art. 20 Abs. 1 OR-Schweiz verstoßen und wäre damit nichtig.⁴⁷³ Die Rechtsfolge einer Klausel die gegen Art. 19 Abs. 2 oder Art. 20 Abs. 1 OR-Schweiz verstößt, regelt Art. 20 Abs. 2 OR-Schweiz.⁴⁷⁴ Anhand dieser Norm ist abzuwägen, ob der Vertrag sodann ganz oder teilweise ungültig sein soll.⁴⁷⁵ Sucht man als Unternehmer diese Möglichkeit der Freizeichnung mit einer Rechtsflucht ins Schweizer Recht,

⁴⁶⁷ BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 12; *Kramer*, in: *Kramer / Probst / Perrig* (Hrsg.), *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (2016), Rn. 22.

⁴⁶⁸ BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 12.

⁴⁶⁹ *Kramer*, in: *Kramer / Probst / Perrig* (Hrsg.), *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (2016), Rn. 22.

⁴⁷⁰ *Kramer*, *Revue de droit suisse* 2018, 295, 297.

⁴⁷¹ Ebenso *Kramer*, in: *Kramer / Probst / Perrig* (Hrsg.), *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (2016), Rn. 9. Kartellrechtlich gilt Art. 7 Abs. 2 lit. c KG-Schweiz in der Schweiz, der die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen als unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen qualifiziert. Als mögliche Sanktion für unangemessene Geschäftsbedingung schreibt Art. 13 lit. a KG-Schweiz die ganze oder teilweise Ungültigkeit des Vertrages vor. (vgl. *Kramer*, in: *Kramer / Probst / Perrig* (Hrsg.), *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (2016), Rn. 8; Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995 (Stand am 1. Dezember 2014), abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19950278/index.html>>).

⁴⁷² BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 4; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.14; *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 134.

⁴⁷³ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.14.

⁴⁷⁴ BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 1.

⁴⁷⁵ BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 1.

so trägt der großzügige „Freizeichnungsschein“, der schließlich auch nicht unbegrenzt im Schweizer Recht gilt. Diese Grenzen bieten jedoch im Endeffekt auch Schutz für Unternehmen gegenüber ihren Vertragspartnern.

4. Zwischenergebnis

Die Analyse der allgemeinen vertraglichen Kontrollen des Schweizer Rechts ergibt, dass Artt. 100, 101 OR-Schweiz die Grenzen für die Haftungsfreizeichnung in Abhängigkeit von eigenem oder fremdem Handeln und dem Grad des Verschuldens differenzieren (Ziff. 1). Daneben enthalten die speziellen Kontrollen des besonderen Vertragsrechts teilweise eigene und speziellere Grenzen (Ziff. 2). Und letztlich nimmt auch das allgemeine Vertragsrecht der Artt. 19–20 OR-Schweiz eine Klauselkontrolle (unabhängig vom Vorliegen von AGB) vor (Ziff. 3).

V. Rechtsfolge unwirksamer Klauseln

Die scheinbare Möglichkeit der geltungserhaltenden Reduktion auf den zulässigen Klauselinhalt bei Haftungsklauseln stellt eine Attraktivität des Schweizer Rechts für deutsche Unternehmen dar.⁴⁷⁶ Die Rechtsfolge eines Klauselverstoßes sowohl gegen Art. 100 oder Art. 199 OR-Schweiz als auch gegen Artt. 19 Abs. 2, 20 Abs. 1 OR-Schweiz richtet sich nach Art. 20 Abs. 2 OR-Schweiz. Umstritten und bislang vom BG nicht geklärt ist, ob eine unzulässige Klausel gänzlich unwirksam ist oder auf das noch erlaubte Maß reduziert wird.⁴⁷⁷ Teilweise wird vertreten, dass bei einem Verstoß gegen Art. 19 Abs. 2, Art. 20 Abs. 1 OR-Schweiz die Klausel insgesamt unwirksam sei.⁴⁷⁸ Art. 20 Abs. 1 OR-Schweiz statuiert dabei ausdrücklich die Nichtigkeit eines Vertrages, der widerrechtlichen oder unmöglichen Inhalt beinhaltet.⁴⁷⁹ Die heute herrschende Lehre und die Rechtsprechung grenzen die Nichtigkeit im traditionellen Sinne dahingehend ein, dass sie nicht automatisch eintritt, sondern nur dann, wenn diese Rechtsfolge vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen

⁴⁷⁶ Voser / Boog, RIW 2009, 126, 126 und 135.

⁴⁷⁷ BSK OR I-Huguenin / Meise, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 24 m.w.N.; Voser / Boog, RIW 2009, 126, 135 m.w.N. zur Literatur zum Streit. Bspw. pro einer Nichtigkeit nur im dem Umfang, als die Freizeichnung das erlaubte Verschuldensmaß übersteigt (geltungserhaltende Reduktion): BSK OR I-Lüchinger / Wiegand, 7. Aufl. 2019, Art. 100 N 14. Hin-gegen für eine Gesamtnichtigkeit der Klausel, wenn sie in AGB enthalten ist: CHK-Furrer / Wey, OR-AT, 3. Aufl. 2016, Art. 100 OR Rn. 18; und gleichfalls gegen eine geltungserhaltende Reduktion Schwenzler, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.08.

⁴⁷⁸ Schwenzler, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.09; so zumindest bzgl. Art. 8 UWG: Schnyder, Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, in: AGB nach neuem Schweizer Recht (2014), 39, 73.

⁴⁷⁹ BSK OR I-Huguenin / Meise, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 52.

wird oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt.⁴⁸⁰ Eine geltungserhaltende Reduktion der Klausel auf das noch erlaubte Maß sei aus Gründen der Prävention⁴⁸¹ und im Zusammenhang mit AGB aus Gründen des Transparenzgebotes abzulehnen.⁴⁸² Ansonsten könne es dazu führen, dass die stärkere Partei versucht Übermäßiges zu vereinbaren, wenn das Risiko im Falle der Anfechtung lediglich ein Herabsetzen auf das noch rechtmäßige Maß wäre.⁴⁸³ Zeichnet sich mithin ein Schuldner für jegliche Haftung frei, obgleich im Einzelfall nur ein Ausschluss für leichtes Verschulden zulässig wäre, hätte dies die Unwirksamkeit der gesamten Klausel zur Folge und der Schuldner haftet dann auch für leichte Fahrlässigkeit.⁴⁸⁴ Gleichzeitig führe die Unwirksamkeit einer oder mehrerer Klauseln nicht zur Nichtigkeit des ganzen Vertrages.⁴⁸⁵

Ebenfalls ist die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen Art. 8 UWG-Schweiz gesetzlich nicht geregelt und bislang umstritten.⁴⁸⁶ Es wird vertreten, dass Art. 8 UWG-Schweiz im Zusammenhang mit Art. 2 UWG-Schweiz zu lesen ist und demzufolge ein unlauteres Geschäftsgebahren zu einer Widerrechtlichkeit führe.⁴⁸⁷ Eine Widerrechtlichkeit stelle gem. Art. 20 OR-Schweiz einen Inhaltmangel dar, der zu einer Nichtigkeit beziehungsweise Teilnichtigkeit führe.⁴⁸⁸ Nach herrschender Ansicht sind missbräuchliche AGB-Klauseln, die gegen Art. 8 UWG-Schweiz verstoßen, demnach nichtig.⁴⁸⁹ Diese Rechtsfolge sei von Amts wegen durch das Gericht zu beachten.⁴⁹⁰

⁴⁸⁰ U.a. BG, 21.12.1976 – BGE 102 II 401, 404; BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 54 m.w.N.

⁴⁸¹ Vgl. so BG, 18.12.2008 – 4A_404/2008, 5.6.3.2.1.

⁴⁸² *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.09 und 24.08; *Schnyder*, Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 39, 73.

⁴⁸³ BG, 18.12.2008 – 4A_404/2008, 5.6.3.2.1; *Schnyder*, Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 39, 73.

⁴⁸⁴ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.08; a.A. BSK OR I-*Wiegand*, 6. Aufl. 2015, Art. 100 N 4 m.w.N.

⁴⁸⁵ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 24.08 und 46.09.

⁴⁸⁶ BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 24; *Schnyder*, Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 39, 72.

⁴⁸⁷ BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 24; beschreibt dies als herrschende Lehre: *Schnyder*, Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 39, 73.

⁴⁸⁸ BSK OR I-*Huguenin / Meise*, 6. Aufl. 2015, Art. 19/20 N 24.

⁴⁸⁹ *Schnyder*, Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, in: *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), 39, 73 m.w.N.; *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.05.

⁴⁹⁰ *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 46.05.

VI. Rechtsschutz gegen AGB-Klauseln

Rechtsschutz in der Schweiz gegen AGB-Klauseln besteht auf zweierlei Wegen. Gegen eine Klausel kann sich entweder durch Geltendmachung der Nichtigkeit einzelner Klauseln gem. Art. 20 OR-Schweiz oder durch die in Art. 9 UWG-Schweiz vorgesehenen Klagemöglichkeiten gewehrt werden.⁴⁹¹ Auch besteht die Möglichkeit einer Verbandsklage gem. Art. 10 Abs. 2 UWG-Schweiz, um eine Alternative zur relativ geringen Durchschlagskraft der Kundenindividuale Klage bereit zu halten.⁴⁹² Gem. Art. 9 Abs. 1 UWG-Schweiz kann beim Richter beantragt werden, dass eine drohende Verletzung verboten wird, eine bestehende Verletzung beseitigt wird oder die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festgestellt wird.⁴⁹³ Für eine Klage gem. Art. 9 UWG-Schweiz ist jeder klagebefugt, der durch den unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, vgl. Art. 9 Abs. 1 UWG-Schweiz.⁴⁹⁴ Daraus ergibt sich, dass in erster Linie Konkurrenten des Klauselverwenders klagebefugt sind.⁴⁹⁵ Darüber hinaus ermächtigt Art. 10 UWG-Schweiz auch Kunden, die in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt sind, Berufs- und Wirtschaftsverbände und Konsumentenschutzorganisationen gegen die Klauseln durch Klage vorzugehen.⁴⁹⁶ Die Klagemöglichkeiten nach UWG-Schweiz sind im B2B-Verkehr bezüglich einer Klage wegen Verstoßes gegen Art. 8 UWG-Schweiz jedoch nicht anwendbar für die AGB-Inhaltskontrolle des Art. 8 UWG-Schweiz.

VII. Fazit zur Schweizer AGB-Kontrolle

Die Darstellung zeigt: Im Schweizer Recht gibt es keine kodifizierte Inhaltskontrolle von AGB (keine offene Inhaltskontrolle) im unternehmerischen Verkehr. Die kodifizierte Inhaltskontrolle des Art. 8 UWG-Schweiz in seiner Fassung vom 1.7.2012 gilt nur für Konsumentenverträge. Das Schweizer Bundesgericht hat stets eine offene Inhaltskontrolle von AGB abgelehnt.

⁴⁹¹ *Kramer*, in: *Kramer / Probst / Perrig* (Hrsg.), *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (2016), Rn. 17; zu Art. 9 UWG-Schweiz *Pfeiffer*, in: *Wolf / Lindacher / Pfeiffer*, *AGB-Recht*, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 86.

⁴⁹² *Kramer*, in: *Kramer / Probst / Perrig* (Hrsg.), *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (2016), Rn. 17.

⁴⁹³ Art. 9 Abs. 1 UWG-Schweiz; *Pfeiffer*, in: *Wolf / Lindacher / Pfeiffer*, *AGB-Recht*, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 86.

⁴⁹⁴ Art. 9 Abs. 1 UWG-Schweiz; *Pfeiffer*, in: *Wolf / Lindacher / Pfeiffer*, *AGB-Recht*, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 86.

⁴⁹⁵ *Pfeiffer*, in: *Wolf / Lindacher / Pfeiffer*, *AGB-Recht*, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 86.

⁴⁹⁶ Art. 10 UWG-Schweiz; *Pfeiffer*, in: *Wolf / Lindacher / Pfeiffer*, *AGB-Recht*, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 86.

Stattdessen hat es bislang eine verdeckte Inhaltskontrolle anhand der Ungewöhnlichkeitsregel auch für AGB im B2B-Verkehr vorgenommen. Die Ungewöhnlichkeit einer Klausel wird dabei umso eher bejaht, je stärker die Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt. Dies ist zwar rechtsdogmatisch eine Geltungskontrolle, wirkt sich im Ergebnis jedoch wie eine Inhaltskontrolle aus, da ungewöhnlichen Klauseln nach der Kontrolle die Wirksamkeit versagt wird. Dies stellt auf verdeckte Art im Endeffekt eine Inhaltskontrolle dar, die von der Schweizer Lehre als dogmatisch unsauberes Vorgehen kritisiert wird, das den Ansprüchen der Rechtssicherheit nicht genüge. Die Ungewöhnlichkeitsregel steht für den B2B-Verkehr als getarnte oder verdeckte Inhaltskontrolle im Vordergrund des Schweizer Rechts.⁴⁹⁷ Die Ungewöhnlichkeitsregel stellt im Ergebnis ein verhältnismäßig scharfes Schwert dar.⁴⁹⁸

Im Schweizer Recht besteht jedoch eine dem deutschen Recht bislang unbekanntes usweichmöglichkeit vor diesem scharfen Regime: Durch einen deutlichen Hinweis kann die Geltungskontrolle anhand der Ungewöhnlichkeitsregel ausgeschaltet werden. Bei einem besonderen Hinweis auf die Klausel oder beispielsweise einer Hervorhebung durch Fettdruck oder größere Schrift wird die Klausel nach der Rechtsprechung nicht mehr als ungewöhnlich beurteilt und mithin erlangt die Klausel Geltung.

Entgegen der zunächst geführten Annahme, dass die Schweizer Rechtsordnung milder beziehungsweise liberaler sein könnte im Zugestehen der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungsklauseln in unternehmerischen Verträgen, geht die Schweizer Rechtsordnung in manchen Bereichen sogar über das Maß des deutschen Rechts hinaus. So geht beispielsweise der Ausschluss der Haftungsfreizeichnung für grobes Verschulden/grobe Fahrlässigkeit in der Schweiz weiter als im deutschen Recht, da dieser Ausschluss in der Schweiz über Art. 100 OR-Schweiz für alle Verträge und für alle Klauselarten (Individualvereinbarungen und AGB) gilt, anders als in Deutschland, wo dieser Ausschluss nur für AGB gilt und primär auf Verbraucherverträge ausgerichtet ist.

Somit besteht letztlich im Schweizer Recht, anders als im deutschen Recht, keine kodifizierte Regelung der AGB-Kontrolle im B2B-Verkehr. Jedoch besteht eine verdeckte Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Verkehr auch im Schweizer Recht. Eine Rechtsflucht vor einer Klauselkontrolle ins Schweizer Recht ändert wenig daran, dass es Grenzen für die Parteiautonomie in Verträgen gibt. Eine Flucht deutscher Unternehmen in die Schweizer Rechtsordnung in der Hoffnung, es gäbe keine AGB-Inhaltskontrolle, ginge mithin fehl.

⁴⁹⁷ Bereits 1996 zu dieser bedeutsamen, wengleich unkodifizierten Rolle der „Ungewöhnlichkeitsregel“ der Schweizer Rechtsprechung: *Zweigert / Kötz*, 3. Aufl. 1996, S. 330.

⁴⁹⁸ Siehe zum gleichen Ergebnis kommand: *Rühl*, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 49.

VIII. Rechtsvergleich der Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im Schweizer und im deutschen Recht

Die ausgiebige Analyse der AGB-Kontrolle und Klauselkontrolle im Schweizer Recht ermöglicht einen Vergleich zwischen der deutschen und der schweizerischen AGB-Kontrolle, um herauszuarbeiten, ob die Schweizer AGB-Kontrolle im Ergebnis tatsächlich liberaler ist als die deutsche in unternehmerischen Verträgen. Reformbefürworter behaupten, dass das Schweizer Recht „wesentlich zurückhaltender [...] bei der Anwendung von AGB-Recht auf Verträge zwischen Unternehmen [ist]“⁴⁹⁹. Gerade für den deutschen Rechtskreis hat die Wahl des Schweizer Rechts Vorteile. Einerseits besteht eine Parallelität zwischen der deutschen und der Schweizer Rechtsordnung, sodass auch das intuitive Verständnis deutscher Wirtschaftsteilnehmer oft auch im Schweizer Recht auf das Richtige trifft.⁵⁰⁰ Andererseits ist die Sprache überwiegend ohne große Probleme zugänglich.⁵⁰¹ Der vorliegende Rechtsvergleich zeigt jedoch, dass die Annahme, die Schweizer AGB-Kontrolle sei im Ergebnis liberaler im unternehmerischen Rechtsverkehr, als die deutschen §§ 305 ff. BGB, im Ergebnis nicht gänzlich zutreffend ist. Der nachfolgende Rechtsvergleich der Möglichkeiten der Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB erfolgt anhand einer funktionalen Einteilung der Rechtsregime der beiden Rechtsordnungen.

1. Vorliegen einer AGB-Kontrolle

In beiden Rechtsordnungen besteht im Grunde *de facto* eine Inhaltskontrolle von AGB. Während diese im deutschen Recht in den §§ 305 ff. BGB kodifiziert ist, besteht im Schweizer Recht zwar keine kodifizierte AGB-Kontrolle in B2B-Verträgen, jedoch eine verdeckte AGB-Kontrolle. Die Generalklausel der schweizerischen AGB-Kontrolle des Art. 8 UWG-Schweiz gilt seit 1.7.2012 personell nur zugunsten von Verbrauchern. Jedoch besteht eine Geltungskontrolle der Ungewöhnlichkeitsrechtsprechung des Bundesgerichtes, die *de facto* wie eine „verdeckte“ Inhaltskontrolle Wirkung entfaltet. Auf diese Weise kommt es auch in der Schweiz zu einer inhaltlichen Überprüfung von AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr. Diese verdeckte Inhaltskontrolle enthält im Ergebnis ähnliche Anforderungen wie § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, „wesentliche Grundlagen der gesetzlichen Regelung“, sowie des § 305c Abs. 1 BGB, dem Verbot überraschender Klauseln. Die Geltungskontrolle über die Ungewöhnlichkeitsregel der schweizerischen Rechtsprechung agiert ähnlich wie § 305c Abs. 1 BGB als ein Instrument, dass die Geltung von

⁴⁹⁹ So u. a. *Lischek / Mahnken*, ZIP 2007, 158, 163; weitere Kritik in diesem Zusammenhang durch Reformbefürworter s.o. Kapitel 1 – B.II.1.d).

⁵⁰⁰ *Pfeiffer*, in: FS Graf v. Westphalen, 2010, 555, 556.

⁵⁰¹ *Pfeiffer*, in: FS Graf v. Westphalen, 2010, 555, 556.

AGB von vornherein ausschließt und nicht erst ein Instrument der Inhaltskontrolle ist.⁵⁰² Insofern ähneln sich die beiden Rechtsordnungen. Eine Flucht deutscher Unternehmen in das Schweizer Recht verspricht mithin keinen Rechtsraum frei von einer Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr.

2. Voraussetzungen für „nicht-Geltung“ der AGB-Kontrolle

Die Geltungskontrolle der Ungewöhnlichkeitsregel für AGB des Schweizer Rechts, die durch die Rechtsprechung entwickelt wurde, ähnelt stark der Kontrolle des § 307 BGB im deutschen Recht. Jedoch lässt sich die Anwendung dieser verdeckten Inhaltskontrolle des Schweizer Rechts durch einen Hinweis auf die betreffende Klausel abschütteln. Durch ein optisches Hervorheben oder Hinweisen des Vertragspartners auf die Klausel kann im Schweizer Recht die Anwendung der Ungewöhnlichkeitskontrolle vermieden werden. Auf diese Weise ist eine Umgehung der verdeckten Inhaltskontrolle im Schweizer Recht durch einen bloßen Hinweis oder eine drucktechnische Hervorhebung der betroffenen Klausel möglich. In solchen Situationen findet sie keine Anwendung. Ein solches Hintertürchen kennt das deutsche Recht nicht. Im deutschen Recht ist es für die Frage der Anwendung der AGB-Kontrolle unerheblich, ob der andere Vertragspartner vom Klauselverwender über die Bedeutung und Tragweite der vorformulierten Klauseln belehrt worden ist.⁵⁰³ Im deutschen Recht kann eine Nichtanwendung der Inhaltskontrolle des § 307 BGB im B2B-Verkehr nur über das Vorliegen „ausgehandelter“ Vertragsbedingungen i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 1, 3 BGB erreicht werden. Diese Hürde ist einer der Kritikpunkte der Reformdiskussion im deutschen AGB-Recht.

3. Haftungsausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bei eigenem Verschulden

In beiden Rechtsordnungen ist ein Haftungsausschluss für Vorsatz bei eigenem Verschulden weder in AGB noch in Individualvereinbarungen möglich. In der Schweiz verhindert dies Art. 100 Abs. 1 OR-Schweiz, in Deutschland § 276 Abs. 3 BGB.

Im Hinblick auf den Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit bei eigenem Verschulden stellt sich – möglicherweise entgegen der Erwartungen derjenigen, die deutschen Unternehmen zu einer Rechtsflucht ins Schweizer Recht raten – die deutsche Rechtsordnung als liberaler dar. Während im deutschen Recht in Individualvereinbarungen der Haftungsausschluss für grobe

⁵⁰² So siehe auch *Rühl*, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 44.

⁵⁰³ Siehe oben Kapitel 1 – A. So, siehe auch bspw.: Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 305 BGB, Rn. 21 m. w. N.

Fahrlässigkeit bei eigenem Verschulden möglich ist (vgl. § 276 Abs. 3 BGB schließt nur den Vorsatz aus), ist dies im schweizerischen Recht nicht möglich (vgl. Art. 100 Abs. 1 OR-Schweiz).

In AGB hängt die Wirksamkeit des Ausschlusses der Haftung bei grober Fahrlässigkeit bei eigenem Verschulden von der Auslegung des § 307 Abs. 1, 2 BGB ab. Dabei legt eine Indizwirkung des § 309 Nr. 7 lit. a BGB nahe, dass dies wohl nicht bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit bei Fahrlässigkeit möglich ist und eine Indizwirkung des § 309 Nr. 7 lit. b BGB wohl auch nicht für grobes Verschulden generell möglich ist. Mithin ist die Antwort bei grobem eigenem Verschulden im deutschen Recht nicht mit Sicherheit vorhersagbar. Dieselbe Situation im Schweizer Recht ist jedoch klar: Der Haftungsausschluss für grobes eigenes Verschulden ist gem. Art. 100 Abs. 1 OR-Schweiz gar nicht möglich. Folglich ist nicht das Schweizer, sondern das deutsche Recht in dieser Konstellation des Haftungsausschlusses in AGB und in Individualvereinbarungen liberaler.

Somit beinhaltet ein durch deutsche Unternehmen gesuchter Vorteil in der Norm des Art. 100 OR-Schweiz den Nachteil, dass selbst durch Individualabreden die Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden kann im Schweizer Recht – anders als § 276 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 BGB dies ermöglicht.

4. Genereller Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit

Trotz verschiedener und großzügiger Möglichkeiten des Haftungsausschlusses im Schweizer Recht ist der Ausschluss oder die Beschränkung der Haftung für Körperschäden nach allgemeiner Auffassung dennoch unzulässig. Sucht man als Unternehmer diese Möglichkeit der Freizeichnung mit einer Rechtsflucht ins Schweizer Recht, so trägt der großzügige „Freizeichnungsschein“, der schließlich auch nicht unbegrenzt im Schweizer Recht gilt. Diese Grenzen schützen freilich den Unternehmer selbst im Endeffekt auch gegenüber seinem Vertragspartner.

Im deutschen Recht bestehen diesbezüglich Grenzen über § 242 BGB für Individualvereinbarungen. Bei der Inhaltskontrolle von AGB könnte § 309 Nr. 7 lit. a BGB bei der Auslegung des § 307 Abs. 1, 2 BGB über eine Indizwirkung dem Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit einen Riegel vorschieben. Der § 309 Nr. 7 lit. a BGB differenziert dabei zwischen einem Ausschluss bei eigenem Verschulden, der bei allen Arten der Fahrlässigkeit bei der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit verboten ist und dem Ausschluss bei Erfüllungsgehilfen, bei denen dies bei Vorsatz und allen Arten der Fahrlässigkeit der Fall ist. Die Nennung des Verbotes des Haftungsausschlusses bei Vorsatz bei eigenem Verschulden im § 309 Nr. 7 lit. a BGB erübrigt sich, da dies ohnehin bereits über § 276

Abs. 3 BGB untersagt ist, sodass im Endeffekt ein Gleichlauf des Verbotes des § 309 Nr. 7 lit. a BGB für eigenes Verschulden und Verschulden des Erfüllungsgehilfen besteht.

5. *Haftungsausschluss für Gehilfen*

Der Haftungsausschluss für Leute, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten behilft (Erfüllungsgehilfen bzw. Hilfspersonen), unterliegt in beiden Rechtsordnungen weniger starken Beschränkungen als der Haftungsausschluss bei eigenem Handeln. Nach Schweizer Recht kann die Haftung zunächst erst einmal gänzlich ausgeschlossen werden gem. Art. 101 Abs. 2 OR-Schweiz. Dies scheint deutlich liberaler als die Regelung für AGB im deutschen Recht, wonach bei einer Indizwirkung des § 309 Nr. 7 lit. b BGB die Haftung bei Vorsatz des Erfüllungsgehilfen nicht ausgeschlossen werden kann. Jedoch gilt im Schweizer Recht ein grundsätzlicher allgemeiner Ausschluss für Körperschäden – unabhängig von AGB oder Individualvereinbarung. Im deutschen Recht hängt diese Einschränkung in AGB von der Auslegung des § 307 Abs. 1, 2 BGB unter gegebenenfalls Indizwirkung des § 309 Nr. 7 lit. a BGB ab. Demnach wäre dies ebenfalls nach deutschem Recht in AGB unwirksam. In Individualvereinbarung hängt die Wirksamkeit einer solchen Klausel von der Auslegung des § 242 BGB ab.

Zudem unterscheiden sich die Rechtsordnungen in dem Anknüpfungspunkt des Verschuldensmaßstabes bei Erfüllungsgehilfen. Während sich diese nach Schweizer Recht anhand einer hypothetischen Vorwerfbarkeit gegenüber dem AGB-Verwender (und Vertragspartner) richtet, bestimmt sich dies im deutschen Recht gem. § 278 S. 1 BGB i.V.m. § 276 Abs. 2 BGB anhand der Handlung des und der Vorwerfbarkeit gegenüber dem Erfüllungsgehilfen.

6. *Summenmäßiger Haftungsausschluss*

Die Haftung kann nach Schweizer Recht im Rahmen des Art. 100 Abs. 1 OR-Schweiz auch summenmäßig beschränkt und einzelne Schadensfolgen ausgeschlossen werden. Diese Beschränkungen sind ungültig, sobald die Haftung für Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden soll. Gleichfalls gilt auch hier der allgemeine Ausschluss der Haftungsfreizeichnung für Körperschäden.

Im deutschen Recht hängt die Wirksamkeit summenmäßiger Haftungsbeschränkungen in AGB von einer Auslegung des § 307 Abs. 1, 2 BGB und den Grenzen der §§ 276, 278 BGB ab. Innerhalb dieser Grenzen könnten summenmäßige Haftungsbeschränkungen grundsätzlich wirksam sein.

7. Geltungserhaltende Reduktion

Die scheinbar sichere Möglichkeit der geltungserhaltenden Reduktion auf den zulässigen Klauselinhalt bei Haftungsklauseln stellt eine Attraktivität des Schweizer Rechts für deutsche Unternehmen dar. Im deutschen Recht werden die Klauseln als Ganzes unwirksam und eine geltungserhaltende Reduktion erfolgt nicht. Wobei auch diesbezüglich noch keine Rechtssicherheit im Schweizer Recht in Ermangelung einer Entscheidung des BG oder einer klaren Norm besteht. Dies ist vielmehr bislang strittig in der Literatur.

8. Generelle vertragsrechtliche Grenzen

Zudem kennt das Schweizer Recht, wie auch das deutsche Recht, eine generelle Klauselkontrolle in Verträgen, die unabhängig von der Eigenschaft als AGB für alle Klauseln gilt. So werden Vertragsvereinbarungen im Schweizer Recht einer Sittenwidrigkeitskontrolle anhand der Artt. 19, 20 OR-Schweiz unterzogen. Vergleichbare Grenzen stellt das deutsche Recht durch § 138 und § 242 BGB.

9. Fallstricke des Schweizer Rechts aus dem besonderen Schuldrecht des OR

Zudem enthält das Schweizer Recht Regelungen des besonderen Schuldrechts, die zwar häufig bei der Wahl des Schweizer Rechts den ausländischen Unternehmen nicht bekannt sind, jedoch weitreichende Folgen mit sich bringen können.⁵⁰⁴ So enthält beispielsweise Art. 190 OR-Schweiz für den Fall des Verzugs des Verkäufers im kaufmännischen Verkehr eine Spezialbestimmung.⁵⁰⁵ Zugunsten des Käufers wird vermutet, dass wenn im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Liefertermin vereinbart ist, der Käufer bei Verzug des Verkäufers auf die Ware verzichtet und stattdessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung beansprucht, vgl. Art. 190 Abs. 1 OR-Schweiz. Zwar ähnelt die Norm dem deutschen § 376 Abs. 1 HGB, ist jedoch dem System des schweizerischen Kaufrechts ungewöhnlich.⁵⁰⁶ Ist ein Käufer unter schweizerischem Recht sich dieser Regelung nicht bewusst, dass das Gesetz in gewisser Weise das Wahlrecht des Käufers ausübt und versäumt es der Käufer deshalb, die unverzügliche Mitteilung seiner abweichenden Wahl gem. Art. 190 Abs. 2 OR-Schweiz mitzuteilen, verliert der Käufer seinen Erfüllungsanspruch.⁵⁰⁷ Das Risiko des Verkäufers liegt darin, sich trotz Verzugs weiterhin um Erfüllung zu bemühen, die gem. Art. 190 Abs. 1 OR-

⁵⁰⁴ Bspw. Art. 190 OR-Schweiz, vgl. weist auch *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 129 darauf hin.

⁵⁰⁵ *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 129.

⁵⁰⁶ *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 129.

⁵⁰⁷ Vgl. Art. 190 Abs. 1, 2 OR-Schweiz; *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 129; *Huguenin*, Obligationenrecht – AT und BT (2012), Rn. 2515.

Schweiz dann gar nicht mehr geschuldet ist.⁵⁰⁸ Zusätzliche Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit der Regelung des Art. 190 OR-Schweiz schafft die Tatsache, dass umstritten ist, wann überhaupt ein Handelskauf im Sinne der Vorschrift vorliegt.⁵⁰⁹

Zudem kann es auch bei der Frage, welche Normen zu dem vertraglich geregelten Gehalt zusätzlich anwendbar sind, in der Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag im Schweizer Recht schwierig und zeitaufwendig werden.⁵¹⁰ Dies ist, anders als in den meisten Fällen seit der Schuldrechtsreform von 2002 in Deutschland, in der Schweiz von entscheidender Bedeutung, da das Werkvertragsrecht und das Kaufrecht teils substanziell unterschiedlich geregelt sind.⁵¹¹ Insbesondere unterscheiden sich die jeweiligen Rechtsbehelfe im Schweizer Kaufrecht und Schweizer Werkvertragsrecht.⁵¹² Das schweizerische Kaufrecht sieht grundsätzlich keinen Nacherfüllungsanspruch vor – weder Nachbesserung noch Ersatzlieferung.⁵¹³ Häufig wird in der Praxis ein Nachbesserungsanspruch des Käufers vereinbart.⁵¹⁴ Und auch die Produkthaftpflicht gilt im Schweizer Recht gem. Art. 1 PrHG-Schweiz für Mangelfolgeschäden und ist nicht abdingbar gem. Art. 8 PrHG-Schweiz.⁵¹⁵ Diese Regelungen können unerwartete Fallstricke beziehungsweise Nachteile für eine Partei bei der Wahl des Schweizer Rechts – eigentlich zur Bemühung einer vorteilhaften Rechtswahl für ihren Handelsvertrag – mit sich bringen.

10. Rechtssicherheit durch Rechtsprechungsdichte

Ein weiterer Nachteil des Schweizer Rechts kann in der geringeren Rechtsprechungsdichte liegen. Durch die weitaus geringere Bevölkerungsdichte der Schweiz ergibt sich eine geringere Fallzahl höchstrichterlicher Rechtsprechung.⁵¹⁶ Dies hat einerseits zur Folge, dass zwar weniger bereits entschieden und ausdifferenziert ist, was für den AGB-Klauselsteller ein weniger engmaschig geregeltes Feld darstellt.⁵¹⁷ Gleichzeitig besteht bei höheren Fallzahlen auch mehr Rechtssicherheit.⁵¹⁸ Jedoch hinkt ein Zusammenhang zwischen Bevölkerungsdichte und Rechtsprechungsanzahl teilweise, da die Fälle, die durch Rechtswahl einer Rechtsordnung und einem Gerichtsstand zugeordnet

⁵⁰⁸ *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 129.

⁵⁰⁹ *Huguenin*, Obligationenrecht – AT und BT (2012), Rn. 2515; *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 129.

⁵¹⁰ *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 127.

⁵¹¹ *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 127.

⁵¹² *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 127.

⁵¹³ *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 130.

⁵¹⁴ *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 130.

⁵¹⁵ *Voser / Boog*, RIW 2009, 126, 134.

⁵¹⁶ *Pfeiffer*, in: FS Graf v. Westphalen, 2010, 555, 556.

⁵¹⁷ *Pfeiffer*, in: FS Graf v. Westphalen, 2010, 555, 556.

⁵¹⁸ *Pfeiffer*, in: FS Graf v. Westphalen, 2010, 555, 557.

werden, hinzutreten. Ebenfalls ist es nicht die generelle Fallzahl, die Rechtssicherheit in unternehmerischen Verträgen gewährt, sondern bedeutsam für Rechtssicherheit im internationalen Handelsverkehr ist die Anzahl der Fälle und Präjudizen, die sich aus einem vergleichbaren unternehmerischen Verkehr ergeben. Somit könnte – selbst wenn es mehr deutsche Rechtsprechung gibt als schweizerische – der unternehmerische Kontext in der schweizerischen Rechtsprechung vergleichbar oder ausgeprägter sein.

IX. Fazit

Eine Flucht deutscher Unternehmen vor der deutschen AGB-Kontrolle in das Schweizer Recht bringt nur bedingt Vorteile. In weiten Teilen kommen beide Rechtsordnungen zu ähnlichen Ergebnissen. Insbesondere setzt die zwar ungeschriebene und als Geltungskontrolle kaschierte, aber dennoch als verdeckte Inhaltskontrolle agierende und auch im B2B-Verkehr geltende Ungewöhnlichkeitsregel des Bundesgerichts AGB-Klauseln Grenzen, die denen der deutschen AGB-Kontrolle ähneln.

Konstellationen, in denen unterschiedliche Ergebnisse der beiden Rechtsordnungen bestehen, sind einerseits die Möglichkeit des Haftungsausschlusses für eigenes Verschulden, der im deutschen Recht durch Individualvereinbarung für grobe Fahrlässigkeit im Voraus möglich ist gem. § 276 Abs. 3 BGB, im Schweizer Recht ist ein solcher Ausschluss für grobe Fahrlässigkeit weder in AGB noch in Individualvereinbarungen aufgrund des Art. 100 Abs. 1 OR-Schweiz möglich.

Vorteilhaft ist hingegen die Schweizer Rechtsordnung gegenüber der deutschen in drei Konstellationen. Erstens ist grundsätzlich der Haftungsausschluss für das Handeln von Hilfspersonen im Schweizer Recht möglich gem. Art. 101 Abs. 2 OR-Schweiz. Dies ist jedoch eingeschränkt bei gewissen Konstellationen der Hilfspersonen gem. Art. 101 Abs. 3 OR-Schweiz. Zweitens kann die Geltungskontrolle von AGB im Schweizer Recht durch einen ausdrücklichen Hinweis oder eine drucktechnische Hervorhebung der betroffenen Klausel ausgeschlossen werden. Eine solche Hintertür für den Ausschluss einer inhaltlichen Kontrolle von AGB enthält das deutsche Recht nicht. Drittens ist bislang noch nicht abschließend geklärt, ob eine geltungserhaltende Reduktion im Schweizer Recht bei der Rechtsfolge von unwirksamen AGB zulässig ist. Dies ist im Schweizer Recht strittig, anders als im deutschen Recht, in dem es verneint wird.

Daneben bestehen im besonderen Vertragsrecht des Schweizer Rechts auch Nachteile und Fallstricke gegenüber dem deutschen Recht, die einen deutschen Unternehmer bei der Wahl des Schweizer Rechts als auf den Vertrag anwendbares materielles Recht, überraschen mögen. Somit bestehen nicht nur ebenfalls beschränkte Haftungsausschlussmöglichkeiten im Schweizer Recht, sondern birgt auch die Wahl des Schweizer Rechts weitere mögli-

che Abweichungen beziehungsweise gegebenenfalls Nachteile im besonderen Schuldrecht für die Vertragsparteien. Zudem werden in der schweizerischen Literatur die Ausweitung der Inhaltskontrolle des Art. 8 UWG-Schweiz auf den B2B-Verkehr oder die Einführung einer Inhaltskontrolle in das OR-Schweiz diskutiert. Auch diese Rechtsordnung lehnt in ihrer Literatur nicht unumstritten eine kodifizierte AGB-Kontrolle für den B2B-Verkehr ab. Es ist mithin nicht sicher, ob eine Flucht ins Schweizer Recht eine dauerhafte Lösung für Unternehmen wäre.

Diese zusammenfassende Benennung der Unterschiede zwischen den Haftungsausschlussmöglichkeiten der beiden Rechtsordnungen zeigt, dass nur in wenigen Konstellationen die Rechtsordnungen Schweiz und Deutschland im Ergebnis voneinander abweichen. In den benannten Konstellationen bestehen in Nuancen Unterschiede. Auch ist nicht eine Rechtsordnung in allen Aspekten liberaler, sondern beide haben liberalere Seiten und weniger liberale Seiten. Die Liberalität bezüglich des Haftungsausschlusses in Vertragsklauseln geht somit nicht einzig zugunsten der Schweizer Rechtsordnung, wie teilweise behauptet.

Zur Frage, ob das Schweizer Recht ein Modell für eine Reform des deutschen AGB-Rechts darstellen könnte, ergibt die Analyse, dass die ungeschriebenen Prinzipien der verdeckten AGB-Kontrolle der Ungewöhnlichkeitsrechtsprechung und des Dualismus aus vertragsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Klauselkontrolle im B2B- und B2C-Verkehr des Schweizer Rechts keine Modelllösung für den deutschen Gesetzgeber darstellen. Die Nichtkodifizierung bringt Risiken der Rechtsunsicherheit und mangelnde Transparenz mit sich. Der Dualismus ist dogmatisch kritisch zu hinterfragen.

D. Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr im französischen Recht

Die französische Rechtsordnung wird weder als eine der Rechtsordnungen benannt, bei der das Risiko besonders hoch sei, dass deutsche Unternehmen in diese fliehen, noch ist das französische Recht den empirischen Daten zufolge eine der meistgenannten Rechtsordnungen der unternehmerischen Rechtswahl in Europa. Trotzdem ist ein Blick in die AGB-Kontrolle des französischen Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehr interessant für diese Arbeit, da sich die Wettbewerbslage der Rechtsordnungen Frankreichs und Deutschlands mehr ähneln, als sich die Wettbewerbslage der deutschen Rechtsordnung mit denen der englischen und Schweizer Rechtsordnung ähnelt. Vergleichbarer ist die Wettbewerbslage Frankreichs und Deutschlands im Hinblick auf die Anreizfaktoren für die unternehmerische Rechtswahl, in der Deutschland und Frankreich über ähnliche Faktoren nicht verfügen, mit

denen die meist gewählten Rechtsordnungen – England und Schweiz – trumpfen (dazu unter Ziff. I). Außerdem haben sich durch die Schuldrechtsreform in Frankreich jüngst neue Umstände in der AGB-Kontrolle des *Code Civil* ergeben, die interessant für Reform- und Rechtsfluchtüberlegungen im deutschen Recht und für Trends im europäischen Rechtsraum sind. Im Rahmen der Schuldrechtsreform ist erstmals seit langem die französische AGB-Kontrolle angetastet und abgeändert worden und hinsichtlich der Möglichkeiten der Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB in unternehmerischen Verträgen ergaben sich Neuerungen. Aus diesen Gründen soll die neue Rechtslage der Klauselkontrolle des französischen Rechts nach der Schuldrechtsreform dargestellt und erörtert werden (Ziff. II). Dem folgt ein Rechtsvergleich der Kontrolle der Haftungsbeschränkungen im französischen und deutschen Recht (Ziff. III) sowie ein Aufzeigen der Konsequenzen aus diesen Erkenntnissen, ob die französische AGB-Kontrolle durch die Reform strenger, liberaler oder gleichbleibend für Handelsverträge geblieben ist (Ziff. IV).

Fokus dieses Abschnittes ist es, herauszuarbeiten, ob die Schuldrechtsmodernisierung in Frankreich einen Trend zur Liberalisierung oder Verschärfung der AGB-Kontrolle in Frankreich gebracht hat. Dabei wird auch darauf eingegangen, ob die französische oder die deutsche Rechtsordnung die liberalere Handhabung von Haftungsausschlussklauseln zugesteht. Da die französische Rechtsordnung jedoch empirischen Daten zufolge keine der benannten vorzugswürdigen Rechtsfluchtziele deutscher Unternehmen ist, ist nicht allein der direkte Vergleich der „Strenge der AGB-Kontrolle“, sondern vor allem die Marschrichtung beziehungsweise der Trend der französischen AGB-Kontrolle durch die Schuldrechtsreform 2016 von besonderem Interesse.

I. Ähnliche Wettbewerbslage Frankreichs und Deutschlands hinsichtlich Anreizfaktoren

Interessant ist die französische Rechtsordnung für Überlegungen bezüglich des „Wettstreitens“ der Vertragsrechte, da die französische Rechtsordnung eine vergleichbarere Wettbewerbslage hinsichtlich mancher Anreizfaktoren für eine unternehmerische Rechtswahl mit dem deutschen Recht hat, als Deutschland es mit den Rechtsordnungen England und der Schweiz hat. Frankreich hat wie Deutschland nicht den „Vorteil“, den viele Parteien in der Schweiz sehen, dass diese kein EU-Mitgliedstaat ist. Ebenso hat Frankreich, wie Deutschland, auch nicht den von vielen Parteien gesehenen „Vorteil“ Englands, eine *common law jurisdiction* zu sein. Auch besitzt Frankreich nicht den Trumpf der englischen Muttersprache (wie England) oder der Vielsprachigkeit innerhalb des Landes (wie die Schweiz). In Schiedsverfahrensstatistiken taucht Frankreich trotzdem stets vor Deutschland als Schiedsort in Kombination mit der französischen Rechtsordnung auf, was jedoch auf den Einfluss der ICC-Schiedsinstitution zurückzuführen sein könnte. Daher stellt

sich die Frage, ob die französische Rechtsordnung vertragliche Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB liberaler zulässt in unternehmerischen Verträgen als die deutsche Rechtsordnung.

Zudem ist es angesichts der zuvor aus dem germanischen Rechtskreis (Schweiz) und *common law* Rechtskreis (England) gewählten Rechtsordnungen interessant, die Handhabung der Klauselkontrolle von vertraglichen Haftungsbeschränkungen einer romanischen Rechtsordnung zu analysieren und zu vergleichen.⁵¹⁹

II. AGB-Kontrolle in Frankreich

Wie also sieht in der romanischen Rechtsordnung des französischen Rechts die Kontrolle von Klauselwerken im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus? Das französische Vertragsrecht wird oft generell als „sozialer“ und „solidarischer“ als das englische Vertragsrecht bezeichnet, das wiederum als „liberaler“ angesehen wird.⁵²⁰ Wie im englischen Recht⁵²¹, gab es auch in Frankreich jüngst Reformen, die den Bereich der Handhabung der Klauselkontrolle in unternehmerischen Verträgen betrafen. Durch Verordnung (*ordonnance*) vom 10.2.2016⁵²² hat die französische Regierung die seit längerer Zeit diskutierte⁵²³ Reform des französischen Schuld- und Vertragsrechts beschlossen. Dies ist insbesondere beachtlich, da das Vertragsrecht des französischen *Code Civil* seit 1804 im Wesentlichen unverändert geblieben war.⁵²⁴ Grund für die Reform im französischen Recht war eine längere und sich seit der Hälfte des 20. Jahrhunderts verstärkende Diskussion und Kritik am *Code Civil*, die sich zu Beginn des 21. Jahrhunderts noch einmal verstärkte, besonders bezüglich des Vertragsrechts.⁵²⁵ Teilweise seien Vorschriften so veraltet, dass nur eine Auslegung, die der Natur des Gesetzeswortlauts widerspricht, eine Möglichkeit zur heutigen Umsetzung böte.⁵²⁶ Teilweise wurden, um den *Code Civil* unberührt zu lassen, diverse Spezialgesetze geschaffen und er-

⁵¹⁹ Beschreibung der Rechtskreise anhand *Zweigert / Kötz*, 3. Aufl. 1996, S. 62 ff. (68).

⁵²⁰ *Whittaker*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), Contracts, Contract Law and Contractual Principle, S. 29.

⁵²¹ In England gilt seit 2015 der UCTA 1977 nicht mehr für Verbraucherverträge, da diese nun umfassend in dem am 1.10.2015 in Kraft getretenen Consumer Rights Acts 2015 geregelt sind. Hierzu im Detail s.o. Kapitel 4 – B.III.

⁵²² *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, abrufbar unter: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>>.

⁵²³ Zum detaillierteren Prozess der Diskussion und der Vorentwürfe zum Reformgesetz *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 497 und *Sonnenberger*, ZEuP 2017, 6, 7 f.

⁵²⁴ *Klein*, RIW 2016, 328, 328; *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 496.

⁵²⁵ *Whittaker / Cartwright*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), Introduction, S. 2 ff.

⁵²⁶ *Whittaker / Cartwright*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), Introduction, S. 2.

gänzt über die Jahre.⁵²⁷ Auf diese Art und Weise wurde das französische Zivilrecht in einem großen Umfang ohne eine größere Reform aktualisiert.⁵²⁸ Die Gründe für eine Schuldrechtsreform in Frankreich im Jahr 2016 ähnelten damit denen der Schuldrechtsmodernisierung in Deutschland im Jahr 2002.⁵²⁹

Die Reform kodifiziert bestehende Rechtsprechung, beinhaltet aber auch Neuerungen wie die – für vorliegende Arbeit interessanten – Neuerungen zur Kontrolle unangemessener Klauseln in den *contrats d'adhésion*.⁵³⁰ Der *contrat d'adhésion* hatte bis zur Reform des Vertragsrechts in 2016 zuvor nie Einzug in die Kodifikation des französischen *Code Civil* seit 1804 gefunden⁵³¹ und der Einzug dieser gerichtlichen Kontrolle über den Inhalt von Vertragsklauseln wird als eine der markantesten Innovationen der *Ordonnance* von 2016 bezeichnet.⁵³²

Nach einer kurzen Darstellung des für die AGB-Kontrolle relevanten Inhalts der Reform und den Reformzielen des französischen Gesetzgebers (Ziff. 1), folgt eine Darstellung der Kontrolle von AGB in unternehmerischen Verträgen im französischen Recht vor (Ziff. 2) und nach der Reform (Ziff. 3). Zudem wird auf das Verhältnis des reformierten Art. 1171 *Code Civil* und der Vorschriften des *Code de Commerce*, Art. L442-6 I 2^oa.F. bzw. Art. L442-1 I 2 n.F. ab 26. April 2019, eingegangen. Die handelsrechtliche Regelung kontrollierte bereits vor der Reform den Inhalt unternehmerischer Verträge und steht in einem inhaltlichen Zusammenhang mit der nun neu in das allgemeine Zivilrecht aufgenommenen AGB-Inhaltskontrolle. Auf die Bedeutung dieser Koexistenz für unternehmerische Verträge wird eingegangen (Ziff. 4).

1. Reformziel und Reforminhalt betreffend AGB

Der französische *Code Civil* wurde mit in Kraft treten der gesetzesvertretenden Verordnung (*ordonnance*) zum 1. Oktober 2016 umfassend reformiert.⁵³³ Abschluss der Reform ist das Ratifizierungsgesetz vom 20. April 2018⁵³⁴, das

⁵²⁷ Whittaker / Cartwright, in: The Code Napoléon Rewritten (2017), Introduction, S. 3.

⁵²⁸ Whittaker / Cartwright, in: The Code Napoléon Rewritten (2017), Introduction, S. 3.

⁵²⁹ Häcker, in: The Code Napoléon Rewritten (2017), La Troisième Jeunesse du Code Civil, S. 392.

⁵³⁰ Babusiaux / Witz, JZ 2017, 496, 496; Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 1-039.

⁵³¹ Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 1-039.

⁵³² So bspw. Whittaker, Oxford Journal of Legal Studies 2019, 404, 419.

⁵³³ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, abrufbar unter: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>>; vgl. Hinweise auch in: Babusiaux / Witz, JZ 2017, 496, 497; Whittaker / Cartwright, in: The Code Napoléon Rewritten (2017), Introduction, S. 4.

⁵³⁴ „LOI n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obliga-

am 1. Oktober 2018 gem. Art. 16 I Abs. 1 des Gesetzes in Kraft getreten ist.⁵³⁵ Folglich finden die neuen Bestimmungen auf Verträge Anwendung, die ab demselben Datum abgeschlossen werden (Art. 16 I Abs. 2 des Ratifizierungsgesetzes). Bei der Reform wurden auch teilweise Systematiken übernommen, die der deutschen Rechtsgeschäftslehre entstammen.⁵³⁶ Den Kern der Reform bilden die Regelungen des Vertragsrechts.⁵³⁷ Dabei beinhaltet die Reform Bestimmungen zur Einbeziehung und Inhaltskontrolle von AGB.⁵³⁸ Das Prinzip der Vertragsfreiheit ist nun explizit geregelt in Art. 1102 *Code Civil* n.F.⁵³⁹ Ebenso wurde der Grundsatz von Treu und Glauben (*bonne foi*) nun explizit in Art. 1104 *Code Civil* n.F. geregelt, was einen bedeutsamen Wandel in der Betonung dieses Prinzips im französischen Recht darstellt,⁵⁴⁰ dessen Anwendung und Voraussetzungen umstritten sind.⁵⁴¹ Im Ratifizierungsprozess wurden insbesondere die Artikel betreffend die Inhaltskontrolle von AGB, Artt. 1110 und 1117 *Code Civil* n.F., intensiv beraten.⁵⁴² Die neuen AGB-Regelungen stehen in einem Konkurrenzverhältnis zu den bereits bestehenden AGB-Kontrollvorschriften im Verbraucherrecht und den Vorschriften des Handelsrechts.⁵⁴³ Alle drei Regelungsmaterien bestimmen den Begriff des *déséquilibre significatif*, des „erheblich und ungerechtfertigten Missverhältnisses“, das dem deutschen Begriff der „unangemessenen Benachteiligung“ des § 307 BGB entspricht.⁵⁴⁴

Erklärtes gesetzgeberisches Ziel war neben der praktischen Effizienz der gesetzlichen Beziehungen und einer verbesserten „Lesbarkeit“ der Normen,

tions (1)“, JORF No. 0093 vom 21.4.2018, Texte No.1, <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/4/20/JUSC1612295L/jo/texte>>.

⁵³⁵ Art. 38 Abs. 2 S. 2 Constitution française bestimmt diesbezüglich, dass eine ordonnance ansonsten hinfällig wird, wenn nicht vor Ablauf des im Ermächtigungsgesetz festgelegten Zeitpunkts der Entwurf eines Ratifizierungsgesetzes im Parlament eingebracht wird oder die Ratifizierung verweigert wird. Ebenso: *Sonnenberger*, ZEuP 2017, 6, 14.

⁵³⁶ Vgl. etwa die Systematik der Einteilung in „Rechtsgeschäfte“ (*actes juridiques*) und „Realakte“ (*faits juridiques*). Ausführlicher hierzu siehe: *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 498.

⁵³⁷ *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 498.

⁵³⁸ *Niggemann*, RIW 2018, 658, 658.

⁵³⁹ Art. 1102 (1) *Code Civil* n.F.: „Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.“; siehe auch: *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 498.

⁵⁴⁰ Art. 1104 (1) *Code Civil* n.F.: „Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.“; *Häcker*, in: *The Code Napoléon Rewritten (2017)*, La Troisième Jeunesse du Code Civil, S. 398 f.

⁵⁴¹ *Whittaker*, in: *The Code Napoléon Rewritten (2017)*, Contracts, Contract Law and Contractual Principle, S. 45 m.w.N.

⁵⁴² *Niggemann*, RIW 2018, 658, 659.

⁵⁴³ *Niggemann*, RIW 2018, 658, 658.

⁵⁴⁴ *Niggemann*, RIW 2018, 658, 658.

einer Modernisierung des *Code Civil* auch das Erreichen von mehr Rechtssicherheit und die Verbesserung des Schutzes der „schwächeren“ Vertragspartei.⁵⁴⁵ So benannte das Ermächtigungsgesetz in Art. 8 Ziff. 5 LOI n°2015-177 als ein Ziel der Reform „die Verdeutlichung der Vorschriften betreffend der Auslegung von Verträgen und der Präzision der besonderen Vorschriften für Allgemeine Geschäftsbedingungen“.⁵⁴⁶ Darüber hinaus enthielt das Ermächtigungsgesetz eher untypische inhaltliche Vorgaben zu materiellen Rechtsfragen.⁵⁴⁷ So benannte es in Art. 8 Ziff. 2 LOI n°2015-177, dass der Begriff der „missbräuchlichen Klausel“ (*clause abusive*) formell anerkannt werden solle und eine Einführung von Vorschriften erfolgen solle, die eine Sanktionierung des Verhaltens einer Partei zulassen, die die Schwäche der anderen Partei ausnutzt.⁵⁴⁸ Durch diese Aussage autorisiert der französische Gesetzgeber indirekt dazu, Normen zur Kontrolle missbräuchlicher Klauseln für alle Vertragsarten einzuführen.⁵⁴⁹

In dem Bericht an den Präsidenten der Republik über das Gesetz werden weitere Ziele der Schuldrechtsmodernisierung beschrieben. So werden hier neben einer Verstärkung der vertraglichen Fairness, der Rechtssicherheit auch die wirtschaftliche Effizienz und die Attraktivität des französischen Rechts für internationale Handelsverträge benannt.⁵⁵⁰ Der Bericht betont insbesondere das Ziel der Reform, das französische Recht wettbewerbsfähiger zu machen in der Form, dass das französische Recht als anwendbares Recht in internationalen

⁵⁴⁵ Siehe Art. 8 des Ermächtigungsgesetzes zur Reform, LOI n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (1), abrufbar unter: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030248562&categorieLien=id>>; Klein, RIW 2016, 328, 328; Whittaker / Cartwright, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), Introduction, S. 4 ff.

⁵⁴⁶ Art. 8 Ziff. 5 LOI n 2015-177 : „Clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat et spécifier celles qui sont propres aux contrats d'adhésion“; LOI n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (1).

⁵⁴⁷ So siehe auch Whittaker / Cartwright, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), Introduction, S. 6.

⁵⁴⁸ „[...] en consacrant en particulier [...] la notion de clause abusive et en introduisant des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre“, Art. 8 Ziff. 2 LOI n°2015-177.

⁵⁴⁹ Whittaker / Cartwright, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), Introduction, S. 6.

⁵⁵⁰ Bericht an den Präsidenten der Republik, „Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations“, JORF n°0035 du 11 février 2016 texte n° 25, abrufbar unter: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539&categorieLien=id>>; siehe so auch: Whittaker / Cartwright, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), Introduction, S. 8.

Verträgen mehr gewählt wird.⁵⁵¹ Dieses Ziel soll insbesondere durch einen höheren Grad an Rechtssicherheit und Zugänglichkeit des reformierten *Code Civil* erreicht werden.⁵⁵² Im Zusammenhang mit der Attraktivität des französischen Rechts wird direkt das Regelungsfeld der AGB und der neuen Regelung des Art. 1110 *Code Civil* n.F. in diesem Schreiben erwähnt.⁵⁵³

Inhaltlich räumt die Reform dem Richter zukünftig neue Eingriffsmöglichkeiten in den Vertragsinhalt ein. Dies erfolgt an unterschiedlichen Stellen: Die Stärkung der richterlichen Kontrollfunktion gegenüber dem Vertrag zeigt sich durch die neu zugelassene Klauselkontrolle in den *contrat d'adhésion*.⁵⁵⁴ Zudem dürfen auf Antrag der Parteien (oder auch nur einer Partei) Richter nun in den Inhalt des Vertrages eingreifen, um gegen die rechtsmissbräuchliche Ausnutzung eines wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnisses durch den „stärkeren“ Geschäftspartner vorzugehen.⁵⁵⁵ Als Grund für die stärkeren Kontrollen in den Vertragsinhalt wird das Entgegenwirken gegen ein einseitiges Ausnutzen der Vertragsfreiheit durch den AGB-Verwender genannt.⁵⁵⁶ Und auch die *théorie de l'imprevision* führt den „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ in das französische Vertragsrecht ein und erlaubt in diesem Zuge weitere Eingriffe in den Vertrag durch eine gestattete gerichtliche Vertragsanpassung.⁵⁵⁷ Die durch die Reform erweiterten Befugnisse des Gerichts stehen bereits in der Kritik und Kritiker fürchten, dass dies die „Attraktivität“ und Wettbewerbsfähigkeit des französischen Vertragsrechts nicht stärken werde auf internationaler Ebene – im Gegenteil.⁵⁵⁸ So gab es bereits auch in Frankreich Zeiten, in denen diskutiert wurde, ob internationale Verträge anders als nationale Verträge zu behandeln seien.⁵⁵⁹ Keine dieser Überlegungen wurde

⁵⁵¹ So Interpretation des Berichtes durch: *Whittaker / Cartwright*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), Introduction, S. 9.

⁵⁵² So Interpretation des Berichtes durch: *Whittaker / Cartwright*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), Introduction, S. 9.

⁵⁵³ „Afin de répondre aux inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français, le champ des clauses abusives est néanmoins circonscrit dans le présent texte aux contrats d'adhésion (dont les contours sont désormais délimités par la définition donnée à l'article 1110), terrain d'élection de ce type de clause. Cette disposition est d'ordre public, de telles clauses étant réputées non écrites.“, Bericht an den Präsidenten der Republik, Sous-section 3 : Le contenu du contrat (a. E.).

⁵⁵⁴ So auch *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 507.

⁵⁵⁵ *Klein*, RIW 2016, 328, 328 und 329.

⁵⁵⁶ *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), The Revolution in Unfair Terms, S. 159.

⁵⁵⁷ Dies gilt, soweit die Neuverhandlungen des Vertrages durch die Parteien verweigert oder gescheitert sind. Erst dann darf das Gericht eingreifen. Vgl. Art. 1195 Abs. 2 *Code Civil* n.F.; vgl. so auch *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 504.

⁵⁵⁸ *Klein*, RIW 2016, 328, 331.

⁵⁵⁹ *Burbidge*, I.C.C.L.R. 2012, 105, 114.

jedoch bislang in den *Code Civil* implementiert. Ebenfalls wurde in der französischen Literatur diskutiert, ob französische Verkäufer nicht besser dastünden, wenn sie ausländisches Recht, wie beispielsweise englisches Recht, als auf den Vertrag anwendbares Recht wählen würden.⁵⁶⁰

2. Französische AGB-Kontrolle bis zur Reform des Code Civil im Jahr 2016

Bis zur Reform zum 1. Oktober 2016 gab es im französischen Vertragsrecht keine generelle Kontrolle von AGB, sondern lediglich Vorschriften für die sonderprivatrechtlichen Verhältnisse von Handeltreibenden (Art. L442-6 I, 2 *Code de Commerce* a.F.)⁵⁶¹ und Konsumenten (Art. L212-1 *Code de la Consommation*).⁵⁶² Dennoch wurden durch die Rechtsprechung einige Vertragsklauseln, die in der Praxis besondere Relevanz haben – wie beispielsweise Klauseln zum Haftungsausschluss oder zur Haftungsbegrenzung, die im Fall einer arglistigen oder grob fahrlässigen Verletzung unwirksam sind – stark eingeschränkt.⁵⁶³ Nach alter Rechtslage waren der Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln seit der *Chronopost*-Entscheidung⁵⁶⁴ und der Folgeentscheidung *Faurecia*⁵⁶⁵ der *Cour de Cassation* Grenzen gesetzt. Dabei handelte es sich in der *Chronopost*-Entscheidung um AGB einer Vertragspartei, in der *Faurecia*-Entscheidung waren die Klauseln (inkl. der Haftungsausschlussklausel) verhandelt.⁵⁶⁶

In der bekannten *Chronopost*-Entscheidung aus dem Jahre 1996⁵⁶⁷ wurde eine Haftungsbeschränkungsklausel eines unternehmerischen Transportvertrags, die den Schadensersatz im Falle des Verzugs beschränkten sollte (*clause du contrat limitant l'indemnisation du retard*), als unwirksam erklärt, da sie der selbsterklärten Garantie des Schuldners, eines Courier Services, diametral entgegenstand. Im Fall hatte sich der Schuldner verpflichtet innerhalb einer kurzen Frist einen an ihn übergebenen Brief weiterzuleiten; gleichzeitig hatte die Haftungsbeschränkung ihm aber erlaubt, für den Fall des Verstoßes nur den für die Lieferung vereinbarten Preis, nicht aber den Erfüllungsschaden zu erstatten. Die *Cour d'Appel* hatte die Verteidigung des Schuldners auf Grundlage der Haftungsbeschränkungsklausel zugelassen. Diese Entscheidung wurde jedoch von der *Cour de Cassation* gekippt, die die Haftungsbe-

⁵⁶⁰ *Burbidge*, I.C.C.L.R. 2012, 105, 114 m. w. N.

⁵⁶¹ Im Detail zu den handelsrechtlichen Vorschriften des Code de Commerce siehe Kapitel 4 – D.II.4.a).

⁵⁶² *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 502.

⁵⁶³ *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 502.

⁵⁶⁴ *Chronopost*, Cour de Cassation com, 22.10.1996, no° 93-18632, Bull civ IV no° 261.

⁵⁶⁵ *Faurecia*, Cour de Cassation com, 29.6.2010, no° 09-11841, Bull civ IV no° 115.

⁵⁶⁶ Siehe auch *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 149.

⁵⁶⁷ *Chronopost*, Cour de Cassation com, 22.10.1996, no° 93-18632, Bull civ IV no° 261.

schränkungsklausel für unwirksam erklärte, da sie im Widerspruch zum Umfang des ergriffenen Einsatzes des Transporteurs stehen würde.⁵⁶⁸ Dieser war Spezialist für eilige Beförderungen und garantierte mithin die Verlässlichkeit und Schnelligkeit seines Service. Somit stand die Haftungsausschlussklausel für Verspätung in diametralem Gegensatz zur angebotenen Leistung.⁵⁶⁹ Fazit für den unternehmerischen Rechtsverkehr war mithin, dass in AGB Haftungsausschlussklauseln nur dann wirksam seien, wenn sie nicht in diametralem Gegensatz zur angebotenen Leistung stehen.

Die *Chronopost*-Entscheidung wurde durch die *Faurecia*-Entscheidung⁵⁷⁰ der *Cour de Cassation* aus dem Jahr 2010 präzisiert, die die Rechtsprechung der *Cour* auf dem Gebiet der Haftungsbeschränkungsklauseln weiter ausführte. Die *Faurecia*-Entscheidung landete zwei Mal vor der *Cour de Cassation*. In dem Fall stand ein unternehmerischer Vertrag zwischen dem IT-Serviceunternehmen *Oracel* und dem Unternehmen *Faurecia* zur Debatte. *Faurecia* hatte vertraglich Leistung über *Production Management Software* von *Oracle* bezogen. In dem Vertrag hatte *Oracle* seine Haftung durch eine Vertragsklausel auf einen Haftungshöchstbetrag, der gleichwertig mit dem von *Faurecia* gezahlten Preis sein sollte, beschränkt (vgl. „[...] la clause, qui fixait un plafond d’indemnisation égal au montant du prix payé par Faurecia [...]“).⁵⁷¹ In der ersten Entscheidung hielt die *Cour* die Haftungsbeschränkungsklausel des Unternehmens *Oracle* für unwirksam und verwarf die Entscheidung der *Cour d’appel de Versailles*.⁵⁷² Die Entscheidung wurde an die *Cour d’appel de Paris* zurückverwiesen. In ihrer zweiten Entscheidung aus dem Jahr 2010 bestätigte die *Cour de Cassation* nun die Entscheidung der *Cour d’appel de Paris*, in der die Gerichte die Haftungsbeschränkungsklausel des Unternehmens *Oracle* für wirksam erklärten.⁵⁷³ Grund hierfür war, dass die Klausel in Anbetracht sämtlicher Vertragsumstände *Faurecia* nicht einer wesentlichen Vertragspflicht ihres Vertragspartners beraubte („[...] n’avait pas pour effet

⁵⁶⁸ *Chronopost*, *Cour de Cassation* com, 22.10.1996, no° 93-18632, Bull civ IV no° 261, S. 223. Wortlaut der Entscheidung diesbezüglich: „Attendu qu’en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s’était engagée à livrer les plis de la société Banchemereau dans un délai déterminé, et qu’en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l’engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d’appel a violé le texte susvisé; [...]“

⁵⁶⁹ Siehe zur Interpretation der Entscheidung auch: *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 147.

⁵⁷⁰ *Faurecia*, *Cour de Cassation* com, 29.6.2010, no° 09-11841, Bull civ IV no° 115.

⁵⁷¹ *Faurecia*, *Cour de Cassation* com, 29.6.2010, no° 09-11841, Bull civ IV no° 115.

⁵⁷² *Faurecia* (2007), *Cour de Cassation* com, 13.2.2007, no° 05-17407, Bull civ 2007 IV no° 43; siehe hierzu auch: *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 147.

⁵⁷³ *Faurecia*, *Cour de Cassation* com, 29.6.2010, no° 09-11841, Bull civ IV no° 115.

de décharger par avance la société Oracle du manquement à une obligation essentielle lui incombant ou de vider de toute substance cette obligation,[...]“).⁵⁷⁴ Fazit für den unternehmerischen Rechtsverkehr aus dieser zweiten Leitentscheidung bezüglich Haftungsausschlussklauseln ist, dass diese Haftungsbeschränkung in ausgehandelten Klauseln auch nur dann wirksam ist, wenn sie den Vertragspartner nicht einer wesentlichen Vertragspflicht des Vertragspartners beraubt.

Somit darf beiden Leitentscheidungen zufolge der Kern des Vertragsinhalts nicht durch die Haftungsausschlussklausel abgefälscht oder abbedungen werden. Es war mithin nach alter Rechtslage im französischen Recht grundsätzlich möglich, Haftungsbeschränkungen zu vereinbaren, auch in AGB, soweit sie nicht den Vertragspartner der Erfüllung einer wesentlichen Vertragspflicht ihm gegenüber beraubten. In anderen Worten, Haftungsbeschränkungsklauseln sind dann unwirksam, wenn sie die Anreize zur Vertragserfüllung so niedrig setzen, dass jegliche ernsthafte Rechtsmittel im Falle des Vertragsbruches ausgeschlossen sind.⁵⁷⁵ Für die Wirksamkeit beziehungsweise Unwirksamkeit einer Haftungsbeschränkungsklausel kommt es demnach wesentlich auf die Umstände des Einzelfalles an.⁵⁷⁶

3. Neu kodifizierte AGB-rechtliche Regelungen seit der Reform (seit 1. Oktober 2016)

Die für das AGB-Recht relevanten Reformvorschriften befinden sich in dem neuen Titel III (*Titre III: Des sources d'obligations*) des 3. Buches des *Code Civil* (*Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété*). Im ersten Untertitel „I. Vertrag“ (*Sous-titre Ier: Le contrat*) werden in Artt. 1101–1231-7 *Code Civil* n.F. die Vorschriften zum Vertrag geregelt. Der Inhalt des Vertrages wird in dem Untertitel „Le contenu du contrat“, Artt. 1162–1171 *Code Civil* n.F. geregelt. Dabei stellen Artt. 1168–1170 *Code Civil* n.F. die grundlegenden Regeln für die Frage der Vertragsgerechtigkeit und des Gleichgewichts in Verträgen dar.⁵⁷⁷ Ob der Vertrag unwirksam aufgrund einer Unangemessenheit/Ungerechtigkeit ist, bestimmen die Normen der Artt. 1169–1171 *Code Civil* n.F.⁵⁷⁸ Dabei ist es ungewöhnlich und entgegen der sonstigen Handhabung des *Code Napoléon*, dass nicht der

⁵⁷⁴ *Faurecia*, Cour de Cassation com, 29.6.2010, no° 09-11841, Bull civ IV no° 115.

⁵⁷⁵ *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 148.

⁵⁷⁶ *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 148.

⁵⁷⁷ *Whittaker*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *Contracts, Contract Law and Contractual Principle*, S. 50 f.

⁵⁷⁸ *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 145.

Vertrag an sich aufrecht gehalten werden soll, sondern die Gerichte in diesen hineingreifen dürfen und den zwischen den Parteien vereinbarten Inhalt ändern dürfen.⁵⁷⁹ Im Rahmen der Vertragsrechtsreform aus 2016 war sehr umstritten, ob eine über den existierenden Schutz hinausgehende, allgemeine Klauselkontrolle notwendig sei.⁵⁸⁰ Insbesondere Wirtschaftskreise äußerten Bedenken gegen ein solches Eingreifen durch die Gerichte in die Vertragspraxis der Unternehmen und ob ein derartiges Eingreifen nicht zu weit ginge.⁵⁸¹ Die zunächst auch für ausgehandelte Klauseln vorgesehene Kontrolle gegen Klauseln, die ein wesentliches Ungleichgewicht herbeiführen, wurde letztlich in der Reform auf den Anwendungsbereich des *contrat d'adhésion* beschränkt.⁵⁸² Verschiedene Regelungen, die für die in dieser Arbeit diskutierte Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB in unternehmerischen Verträgen bedeutsam sind, wurden von der Vertragsrechtsreform Frankreichs berührt. Dies betrifft als Ausgangsnorm die Unterscheidung des Art. 1110 *Code Civil* n.F. zwischen verhandelbaren und nicht verhandelbaren Verträgen (Buchst. a). Dies wirkt sich auf die Frage der Einbeziehung in den Vertrag (Art. 1119 *Code Civil* n.F.) und der Auslegung der Klausel (Art. 1190 *Code Civil* n.F.) aus (Buchst. b). Zudem wurde das Verbot der Aushöhlung von Kardinalpflichten des Art. 1170 *Code Civil* n.F. reformiert (Buchst. c). Entscheidend ist die „Vorfrage“, ob ein Vertrag verhandelbar oder nicht verhandelbar ist i.S.d. Art. 1110 *Code Civil* n.F., jedoch für den Anwendungsbereich der inhaltlichen Klauselkontrolle des Art. 1171 *Code Civil* n.F. (Buchst. d).

a) Unterscheidung zwischen ausgehandelten und nicht ausgehandelten Verträgen, Art. 1110 *Code Civil* n.F.

Im französischen Recht wird seit der Schuldrechtsreform 2016 zwischen ausgehandelten Verträgen (*le contrat de gré à gré*) und Adhäsionsverträgen (*le contrat d'adhésion*), unterschieden.⁵⁸³ Die Definition des Begriffs des „Adhäsionsvertrages“ (*contrat d'adhésion*) wurde durch die Reform kodifiziert.⁵⁸⁴ Art. 1110 *Code Civil* n.F. definiert nun beide Vertragstypen. Bereits der Wortlaut des *contrat d'adhésion* spiegelt wider, dass es sich dabei um einen Vertrag auf Grundlage eines schriftlichen Klauselwerkes handelt, von

⁵⁷⁹ Stoffel-Munck, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 145.

⁵⁸⁰ Babusiaux / Witz, JZ 2017, 496, 502 f.

⁵⁸¹ Babusiaux / Witz, JZ 2017, 496, 503.

⁵⁸² Babusiaux / Witz, JZ 2017, 496, 503; Stoffel-Munck, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 157 f.

⁵⁸³ Siehe auch: Niggemann, RIW 2018, 658; Whittaker, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *Contracts, Contract Law and Contractual Principle*, S. 48.

⁵⁸⁴ Babusiaux / Witz, JZ 2017, 496, 499.

dem es für den Vertragspartner des Klauselstellers nicht möglich war, abzuweichen – *adhérer à qc* als französisches Verb für „an etwas festkleben/anhaften“⁵⁸⁵.⁵⁸⁶ Absatz 1 des Art. 1110 *Code Civil* n.F. definiert einen Individualvertrag (einen Vertrag *de gré à gré*), als einen Vertrag in dem die vertraglichen Bestimmungen frei zwischen den Parteien verhandelbar sind.⁵⁸⁷ Absatz 2 derselben Norm definiert im Gegenzug *contrats d'adhésion* als solche Verträge, die eine Gesamtheit von nicht verhandelbaren Klauseln beinhalten, die im Vorwege von einer Partei festgelegt worden sind.⁵⁸⁸ Bedeutsam hierbei ist, dass es auf die „Verhandelbarkeit“ („sont négociables“) und nicht auf ein tatsächliches „Verhandeln“ ankommt, da der entscheidende Unterschied daran festgemacht werden sollte, ob der Vertragspartner des Klauselverwenders auf den Inhalt der Klausel Einfluss hätte nehmen können.⁵⁸⁹ Der AGB-Charakter hängt demnach im französischen Recht davon ab, dass die Klauseln gestellt und nicht verhandelbar sind – auf eine Bestimmung für mehrere Verträge kommt es, anders als im deutschen Recht, nicht an.⁵⁹⁰ Gleichfalls ohne Bedeutung für das Vorliegen von AGB ist, wer sie entworfen hat, sodass auch von Dritten entworfene Klauseln (bspw. von einem Verband oder einer Vermietungsplattform) als AGB angesehen werden können.⁵⁹¹ Die neue Kodifizierung einer Definition von Adhäsionsverträgen unterliegt bereits der Kritik, dass sie zu ungenau und mehrdeutig sei.⁵⁹² Unklar bliebe, wann genau Vertragsbedingungen der Verhandlung entzogen seien und ob es sich um ein Aufzwingen der Klauseln aufgrund wirtschaftlicher Überlegenheit handele oder nur um Verträge, die man entweder annehmen oder ablehnen kann (in Form eines „ganz oder gar nicht“).⁵⁹³ Vermutet wird, dass wohl nur wenige unternehmerische Verträge einer Kontrolle durch Art. 1171 *Code Civil* n.F. aufgrund der weiten Definition des Art. 1110 *Code Civil* n.F. werden entkommen können.⁵⁹⁴

⁵⁸⁵ Übersetzung nach <<https://de.pons.com>>.

⁵⁸⁶ Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts (2018), Rn. 1-039.

⁵⁸⁷ Art. 1110 Abs. 1 *Code Civil* n.F.: „Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties.“; Babusiaux / Witz, JZ 2017, 496, 499.

⁵⁸⁸ Art. 1110 Abs. 2 *Code Civil* n.F.: „Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties.“

⁵⁸⁹ Whittaker, Oxford Journal of Legal Studies 2019, 404, 420.

⁵⁹⁰ Niggemann, RIW 2018, 658, 660.

⁵⁹¹ Niggemann, RIW 2018, 658, 660.

⁵⁹² So kritisch siehe: Babusiaux / Witz, JZ 2017, 496, 499.

⁵⁹³ Solche Bedenken äußern Babusiaux / Witz, JZ 2017, 496, 499.

⁵⁹⁴ Stoffel-Munck, in: The Code Napoléon Rewritten (2017), The Revolution in Unfair Terms, S. 158.

b) *Einbeziehung (Art. 1119 Code Civil n.F.) und Auslegung (Art. 1190 Code Civil n.F.) von AGB*

Im reformierten französischen *Code Civil* ist nun die Einbeziehung von AGB berücksichtigt.⁵⁹⁵ AGB sind nur dann wirksam einbezogen, wenn gem. Art. 1119 Abs. 1 *Code Civil* n.F. die andere Partei Kenntnis von den AGB genommen hat und deren Annahme der AGB daraufhin erteilt wurde.⁵⁹⁶ Neu an dieser Regelung ist, dass nun eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung besteht. Die entsprechenden Voraussetzungen für die wirksame Einbeziehung gab es bislang durch die französische Rechtsprechung definiert.⁵⁹⁷ Bei widersprechenden AGB sind die vollständig vereinbarten Klauseln ohne Wirkung.⁵⁹⁸

Verhandelbare und nicht verhandelbare Verträge werden im französischen Vertragsrecht nach den Regeln des *Code Civil* auch anders ausgelegt. Gem. Art. 1190 *Code Civil* n.F. werden AGB-Klauseln (Adhäsionsverträge/*contrat d'adhésion*) im Falle von Zweifeln zu Lasten des Verwenders ausgelegt – in verhandelbaren Verträgen (*contrat de gré à gré*) gehen Zweifel zu Lasten des Gläubigers und zugunsten des Schuldners.⁵⁹⁹

c) *Verbot der Aushöhlung von Kardinalpflichten, Art. 1170 Code Civil n.F.*

Der neu gefasste Art. 1170 *Code Civil* n.F. legt fest, dass Vertragsklauseln, die zugunsten einer Vertragspartei eine wesentliche, ihr obliegende Vertragspflicht (Hauptpflicht) ihrer Substanz entzieht, nichtig sind.⁶⁰⁰ Diese neue Schutzbestimmung gegen die Aushöhlung vertraglicher „Kardinalpflichten“, beispielsweise durch ausufernde Haftungsfreizeichnungsklauseln, kodifiziert weitgehend die bisherige französische höchstrichterliche Rechtsprechung.⁶⁰¹ Der Ursprung des Wortlautes des neuen Art. 1170 *Code Civil* n.F. basiert auf

⁵⁹⁵ *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 500.

⁵⁹⁶ Art. 1119 *Code Civil* n.F.: „Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées. [...]“; dazu ebenso *Niggemann*, RIW 2018, 658, 659; *Klein*, RIW 2016, 328, 330; *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 500.

⁵⁹⁷ *Klein*, RIW 2016, 328, 330.

⁵⁹⁸ *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 500.

⁵⁹⁹ Art. 1190 *Code Civil* n.F.: „Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé.“; *Whittaker*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), Contracts, Contract Law and Contractual Principle, S. 49; *Niggemann*, RIW 2018, 658, 659; *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 503.

⁶⁰⁰ Art. 1170 *Code Civil* n.F.: „Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite.“; siehe auch *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 502. Eine solche Nichtigkeitserklärung einer Klausel auf Grundlage des neu gefassten Art. 1170 *Code Civil* n.F. ist bspw. erfolgt durch: Cour d'appel de Douai – ch. 02 sect. 02 – 1.10.2020 – n° 18/05986.

⁶⁰¹ *Klein*, RIW 2016, 328, 329 ; *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 502.

den zwei Entscheidungen der *Cour de Cassation*, *Chronopost*⁶⁰² aus 1996, und *Faurecia*⁶⁰³ aus 2010, die sich mit Haftungsbeschränkungsklauseln befassen und auf diesem Gebiet Leitentscheidungen des französischen Rechts sind.⁶⁰⁴ Zunächst erklärte die *Chronopost*-Entscheidung⁶⁰⁵ aus dem Jahre 1996, eine Haftungsbeschränkungsklausel für unwirksam, die der selbsterklärten Garantie des Schuldners diametral entgegenstand.⁶⁰⁶ Sodann stellte die *Cour de Cassation* im Jahr 2010 in der Folgeentscheidung, der *Faurecia*-Entscheidung⁶⁰⁷, fest, dass die Haftungsbeschränkung nur wirksam sein könne, wenn sie den Vertragspartner nicht einer wesentlichen Vertragspflicht des anderen Vertragspartners beraube. Diese Entscheidungen der *Cour de Cassation*, die Haftungsbeschränkungen für unwirksam erklären, soweit sie die Hauptvertragspflicht des Schuldners betreffen, werden durch die neue Regelung des Art. 1170 *Code Civil* n.F. kodifiziert.⁶⁰⁸ Durch diese Rechtsprechung und nun kodifizierte Regelung des Art. 1170 *Code Civil* n.F. ist die *cause* von einer Wirksamkeitsvoraussetzung des Vertrages zu einem Kontrollinstrument über einzelne Vertragsklauseln herangewachsen.⁶⁰⁹

d) *Kontrollmaßstab des déséquilibre significatif*, Art. 1171 *Code Civil* n.F.

Entscheidender Kontrollmaßstab der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr im reformierten französischen *Code Civil* ist das Vorliegen eines „bedeutenden Ungleichgewichts“ (*déséquilibre significatif*) gem. Art. 1171 *Code Civil* n.F.⁶¹⁰ Art. 1171 *Code Civil* n.F. stellt dabei eine wesentliche Neuerung des französischen Vertragsrechts dar, da die Norm die Sozialkontrolle von Verträgen dahingehend ändert, dass sie die Gerichte ermächtigt, AGB der Parteien für unwirksam zu erklären, wenn sie aus einer rückwirkenden Perspektive als sozial unzulässig erscheinen.⁶¹¹

⁶⁰² *Chronopost*, Cour de Cassation com, 22.10.1996, no° 93-18632, Bull civ IV no° 261.

⁶⁰³ *Faurecia*, Cour de Cassation com, 29.6.2010, no° 09-11841, Bull civ IV no° 115.

⁶⁰⁴ *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 147. Ausführlich zu den Entscheidungen s.o. Kapitel 4 – D.II.2.

⁶⁰⁵ *Chronopost*, Cour de Cassation com, 22.10.1996, no° 93-18632, Bull civ IV no° 261.

⁶⁰⁶ Siehe im Detail hierzu oben (Kapitel 4 – D.II.2).

⁶⁰⁷ *Faurecia*, Cour de Cassation com, 29.6.2010, no° 09-11841, Bull civ IV no° 115.

⁶⁰⁸ *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 502; eine Nichtigerklärung einer Klausel auf Grundlage des neu kodifizierten Art. 1171 *Code Civil* n.F. ist bspw. erfolgt durch: Cour d'appel de Lyon – ch. 03 A – 27.2.2020 – n° 18/08265.

⁶⁰⁹ *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 502; im Einzelnen zum Wegfall der *cause* im französischen Schuldrecht durch die Schuldrechtsreform 2016, jedoch für hier nicht relevant, siehe: *Aynès*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Content of Contracts: Prestation, Objet, but No Longer la Cause?*, S. 137–143.

⁶¹⁰ Siehe dazu auch: *Klein*, RIW 2016, 328, 329.

⁶¹¹ *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 150.

Die Neufassung des Art. 1171 *Code Civil* n.F. bestimmt für nicht ausgehandelte Verträge, sogenannte Adhäsionsverträge beziehungsweise *contrats d'adhésion*, folgendes:

„Jede Vertragsbestimmung in einem Adhäsionsvertrag, die nicht verhandelbar ist und von einer Partei im Vorhinein festgelegt wurde und ein bedeutendes Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien schafft, gilt als nicht geschrieben. Die Beurteilung eines solchen Ungleichgewichts erstreckt sich weder auf den eigentlichen Vertragsgegenstand noch auf die Angemessenheit des Preises angesichts der Gegenleistung.“⁶¹²

Die gestellten und nicht verhandelbaren Klauseln eines Adhäsionsvertrages unterliegen folglich der Kontrolle des Art. 1171 *Code Civil* n.F. und haben keinen Bestand, das heißt sind nichtig (*réputée non écrite*), wenn sie ein bedeutendes Ungleichgewicht kreieren.⁶¹³ Zunächst war in einem Entwurf der Art. 1171 *Code Civil* n.F. nicht auf „nicht verhandelbare“ Verträge beschränkt, sondern galt für alle Verträge, diese Beschränkung des Anwendungsbereiches wurde jedoch später ergänzt.⁶¹⁴ Die Norm des Art. 1171 *Code Civil* n.F. findet in seiner geltenden Fassung auf Adhäsionsverträge im B2B- und B2C-Verkehr (und C2C-Verkehr) Anwendung.⁶¹⁵ Entscheidend für die Differenzierung des Anwendungsbereiches der Kontrolle des Art. 1171 *Code Civil* n.F. ist somit die Differenzierung zwischen verhandelbaren und nicht verhandelbaren Vertragsklauseln nach Art. 1110 *Code Civil* n.F.⁶¹⁶

Für das Vorliegen eines „bedeutendes Ungleichgewicht“ ist dabei weder der Hauptgegenstand des Vertrages, noch die Frage der Angemessenheit des Preises für die Vertragsleistung maßgeblich, vgl. Art. 1171 Abs. 2 *Code Civil* n.F. Bei der Beurteilung eines „bedeutenden Ungleichgewichts“ im Rahmen des Art. 1171 *Code Civil* n.F. sind insbesondere Klauseln problematisch, denen keine konkrete Gegenleistung gegenübersteht und Klauseln, die ohne sachlichen Grund die Parteien ungleich behandeln.⁶¹⁷

Der Ursprung der Norm des Art. 1171 *Code Civil* n.F., die eine der großen Neuerungen der Reform im Jahr 2016 für den *Code Civil* ist, lässt sich aus drei Quellen erklären: Einerseits hatte Art. R 212-1 *Code de la Consommation* einen Einfluss, andererseits Art. L 442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F. (mit

⁶¹² Übersetzung von Niggemann, RIW 2018, 658, 659; Originalfassung des Art. 1171 *Code Civil* n.F.: „Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.“

⁶¹³ Vgl. so auch Niggemann, RIW 2018, 658, 659.

⁶¹⁴ Stoffel-Munck, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 157 f.

⁶¹⁵ Kramer, *Revue de droit suisse* 2018, 295, 307.

⁶¹⁶ Hierzu siehe Ausführungen unter Kapitel 4 – D.II.3.a).

⁶¹⁷ Niggemann, RIW 2018, 658, 664.

Geltung seit 6.8.2008 bis 26.4.2019)⁶¹⁸ und letztlich beeinflussten wissenschaftliche *Soft Law* wie beispielsweise den *Principles of European Contract Law* (PECL) die Entwicklung der Norm des Art. 1171 *Code Civil* n.F.⁶¹⁹ Im Verbraucherrecht sieht der *Code de la Consommation* in Art. R212-1 und Art. R212-2 einen Katalog mit „grauen“ und „schwarzen“ Klauseln vor, die als missbräuchlich angesehen werden beziehungsweise werden können.⁶²⁰ Ob die Auslegung der Normen des *Code de la Consommation* für das Verbraucherrecht Einfluss auf die Auslegung des Art. 1171 *Code Civil* n.F. haben werden, ist nicht auszuschließen.⁶²¹ Der Art. L442-6 I *Code de Commerce* a.F., der sich ebenfalls der Kontrolle von Vertragsklauseln, die ein wesentliches Ungleichgewicht zwischen den Parteien hervorruft, annimmt, bestand bereits vor der französischen Schuldrechtsreform für den B2B-Verkehr seit 2008.⁶²² Diese wettbewerbsrechtliche Beschränkung gilt auch heute noch für Klauseln, die ein „déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties“ kreieren in Art. L442-1 2° *Code de Commerce* n.F. (seit 26.4.2019) weiter. Letztlich stand auch Art. 4:110 PECL bezüglich „Unfair Terms not Individually Negotiated“ Modell, der es ermöglicht bei nicht-verhandelten Klauseln, sich gegen solche zu wenden, die eine „significant imbalance in the parties' rights and obligations“ hervorrufen.

Art. 1171 *Code Civil* n.F. bringt erstmals Vorschriften für den *contrat d'adhésion* in den *Code Civil*, was eine erhebliche Neuerung für das französische Vertragsrecht des *Code Civil* darstellt. Jedoch bestanden auch zuvor bereits im französischen Recht Vorschriften, die an ein wesentliches Ungleichgewicht im Vertrag anknüpften, was das Ausmaß der Änderungen durch die Reform mäßigt.

⁶¹⁸ Seit 16.4.2019 ist die Norm des Art. L 442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F. bezüglich der Kontrolle eines „bedeutenden Ungleichgewichts“ in Art. L 442-1 I 2° *Code de Commerce* n.F. übergegangen. Ausführlicher hierzu siehe sogleich unter Kapitel 4 – D.II.4.a).

⁶¹⁹ *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 150 ff.

⁶²⁰ <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006069565/LEGISCTA000032807188/#LEGISCTA000032807188>; *Niggemann*, *RIW* 2018, 658, 664; *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 150 f.

⁶²¹ So *Niggemann*, *RIW* 2018, 658, 664.

⁶²² *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 153.

4. *Verhältnis des reformierten Art. 1171 Code Civil n.F. und der bestehenden handelsrechtlichen Vorschrift, Art. L442-6 I 2° a.F. bzw. Art. L442-1 I 2° n.F. Code de Commerce*

Es besteht eine Überschneidung der Regelungen bezüglich missbräuchlicher Klauseln im reformierten *Code Civil* und im *Code de Commerce*.⁶²³ Bereits vor der französischen Schuldrechtsreform bestand für den B2B-Verkehr seit 2008 der Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F. (Geltung bis zum 26. April 2019), der sich ebenfalls der Kontrolle von Vertragsklauseln, die ein wesentliches Ungleichgewicht (*déséquilibre significatif*) zwischen den Parteien hervorruft, annimmt.⁶²⁴ Als wie intensiv die Neuerung, die der Art. 1171 *Code Civil* n.F. für das französische Vertragsrecht brachte, in Anbetracht der bereits vor der Schuldrechtsreform bestehenden Regelung des *Code de Commerce* zu erachten sind, wird nachfolgend herausgearbeitet. Zunächst werden Regelungsgehalt und Rechtsfolge der handelsrechtlichen Bestimmung dargestellt, um im Anschluss die Konvergenzen und Divergenzen der Normen, sowie den Umgang mit der Koexistenz der allgemeinen vertragsrechtlichen Norm des Art. 1171 *Code Civil* n.F. und der handelsrechtlichen Norm des Art. L442-1 2° *Code de Commerce* n.F. zu analysieren.

a) *Regelungsgehalt und Rechtsfolge der handelsrechtlichen Bestimmung*

Die wettbewerbsrechtliche Regelung des Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F. verpflichtete den Handelspartner, der seinen Geschäftspartner einer Verpflichtung unterwirft oder zu unterwerfen versucht, die ein bedeutendes Ungleichgewichtes zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien verursachte, zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens.⁶²⁵ Art. L442-6 *Code de Commerce* a.F. war jedoch in dieser Form nur bis zum 26. April 2019 in Kraft und wurde mit der *Ordonnance* vom 24. April 2019 hinsichtlich Transparenz in

⁶²³ *Bosco*, in: L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires (2018), New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“, S. 204.

⁶²⁴ *Stoffel-Munck*, in: The Code Napoléon Rewritten (2017), The Revolution in Unfair Terms, S. 153; *Bosco*, in: L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires (2018), New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“, S. 202; zum Hintergrund der Norm des Art. L 442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F. siehe auch *Whittaker*, Oxford Journal of Legal Studies 2019, 404, 410 ff.

⁶²⁵ „Jeder Hersteller, Gewerbetreibende, Industrielle und jede im Handelsregister eingetragene Person macht sich haftbar und ist zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet, wenn er/sie: 1. ... 2. einen Handelspartner Verpflichtungen unterwirft oder zu unterwerfen versucht, die ein bedeutendes Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der Partei verursachen.“, <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000038410748/2019-04-26/>>; Übersetzung von *Niggemann*, RIW 2018, 658, 658.

Geschäftsbeziehungen⁶²⁶ in vier Artikel, Art. L442-1–L442-4 *Code de Commerce* n.F., aufgeteilt.⁶²⁷ Mit Art. L442-6 *Code de Commerce* a.F. wurde eine der praxisrelevantesten Vorschriften des französischen Wettbewerbsrechts durch den neuen Art. L 442-1 I, II *Code de Commerce* n.F. ersetzt und teilweise inhaltlich ergänzt.⁶²⁸ Der für missbräuchliche Vertragsklauseln entscheidende Teil des ehemaligen Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F. wurde ab 26. April 2019 durch Art. L442-1 I 2° *Code de Commerce* n.F. übernommen.

Die ehemalige Norm des Art. Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F. sah vor, dass sich die Partei, die ihrem Geschäftspartner Vertragspflichten aufzwingt, die im Ergebnis zu einem „bedeutenden Ungleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten der Handelspartner führen“, zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet ist.⁶²⁹ Ein Verfahren, das auf Art. L442-6° *Code de Commerce* a.F. beruht, kann durch jede Person, die ein Interesse begründen kann, durch den *ministère public*, den Wirtschaftsminister (*le ministre chargé de l'économie*) oder durch den Präsidenten der Kartellbehörde (*le président de l'Autorité de la concurrence*) eingeleitet werden, um Ersatz des erlittenen Schadens zu erlangen.⁶³⁰ Die Rechtsfolge der Norm war ein Ersatz des Schadens, auch wenn manchen Gerichte entschieden haben, dass eine Klausel, die gegen Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F. verstößt, nichtig ist.⁶³¹ Die Vorschrift fand auf alle Handelsverträge Anwendung.⁶³² Nicht entscheidend für den Anwendungsbereich der Norm ist, ob

⁶²⁶ Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, abrufbar unter: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000038410002&categorieLien=id>>.

⁶²⁷ Siehe Bericht an den Präsidenten bezüglich l'Ordonnance n°2019-359 vom 24. April 2019: „Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées“, JORF n°0097 du 25 avril 2019, texte n° 15 (abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=DB49692C702469684655BF03FD3BA063.tplgfr29s_1?cidTexte=JORFTEXT000038409923&dateTexte=20190425>).

⁶²⁸ Klein, RIW 2020, 26, 27 mit Ausführungen zur Norm, jedoch insb. zum Abbruch der Geschäftsbeziehung.

⁶²⁹ Klein, RIW 2016, 328, 329 dort Fn. 7; ders., RIW 2016, 46, 48; Stoffel-Munck, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 153.

⁶³⁰ Noch zur alten Rechtslage bezgl. Art. L442-6 *Code de Commerce* a.F.: Whittaker, *Oxford Journal of Legal Studies* 2019, 404, 414.

⁶³¹ Bosco, in: *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires* (2018), *New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“*, S. 206 mit Verweis auf Paris 7 June 2013, RG No. 11/08674.

⁶³² Auch wenn teilweise argumentiert wurde, dass die Norm nur Anwendung fände auf Handelsbeziehungen mit einem gewissen Grad an Kontinuität. Siehe zum Anwendungsbereich auch: Whittaker, *Oxford Journal of Legal Studies* 2019, 404, 414 f. m. w. N.

eine Klausel in AGB oder als Individualvereinbarung verfasst ist.⁶³³ Anders als die AGB-rechtliche Kontrolle schloss Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F. von seinem Anwendungsbereich nicht den Preis oder die Hauptleistung des Vertrages aus.⁶³⁴ Die seit 2008 in Kraft getretene Vorschrift des *Code de Commerce* ermächtigte die französischen Gerichte dazu, zu beurteilen, ob eine Vertragspartei die andere einem bedeutenden Ungleichgewicht unterwirft und somit gegen Wettbewerbsrecht verstößt. Gegenüber Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F. wurden teilweise Bedenken geäußert, dass dieser zu einer – möglicherweise unbeabsichtigten – weiten Kontrolle der Gerechtigkeit des Inhalts des gefundenen Handelsvertrages führen könnte.⁶³⁵

Zweck der Umstellung und Aufteilung der handelsrechtlichen Vorschrift des Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F. war, das rechtliche Umfeld für die Wirtschaftsteilnehmer zu vereinfachen und verständlicher zu machen und die Normen thematisch zu konzentrieren.⁶³⁶ Der für die Frage der Haftungsbeschränkungen relevante Teil bezüglich des bedeutenden Ungleichgewichts (*déséquilibre significatif*) gilt seit dem 26. April 2019 in Art. L442-1 I 2° *Code de Commerce* n.F. weiter. Dieser bestimmt in überwiegend gleichlautendem Wortlaut wie die Vorgängernorm:

„Jeder Hersteller, Gewerbetreibende oder Industrielle macht sich haftbar und ist zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet, wenn er/sie im Rahmen des Vertragsabschlusses oder der Vertragsabwicklung im Handelsverkehr:

1. [...]

2. einen Handelspartner Verpflichtungen unterwirft oder zu unterwerfen versucht, die ein bedeutendes Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der Partei verursachen.“⁶³⁷

Die wettbewerbsrechtliche Beschränkung des ehemaligen Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F. bestimmt im neuen Art. L442-1 I 2° *Code de Commerce* n.F. weiterhin für Klauseln, die ein „bedeutendes Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien verursachen“ („*créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties*“), dass sich

⁶³³ Whittaker, Oxford Journal of Legal Studies 2019, 404, 415.

⁶³⁴ Whittaker, Oxford Journal of Legal Studies 2019, 404, 416.

⁶³⁵ Whittaker, Oxford Journal of Legal Studies 2019, 404, 418.

⁶³⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avril 2019, texte n° 15, („Afin de simplifier et de rendre plus intelligible l'environnement légal pour les opérateurs économiques, le texte se concentre dorénavant sur ces trois pratiques tout en apportant des modifications à leur champ d'application.“).

⁶³⁷ <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_1c/LEGITEXT000005634379/LEGI_SCTA000006146076/#LEGISCTA000038414289>; eigene Übersetzung der Verfasserin in Anlehnung an Übersetzung des Art. L 442-6 I 2° *Code de Commerce* n.F. von Niggemann, RIW 2018, 658, 658.

hieraus eine Pflicht zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens ergibt. Ein Verfahren, das auf Art. L442-1 I 2° *Code de Commerce* n.F. beruht, kann auch weiterhin durch jede Person, die ein Interesse begründen kann, durch den *ministère public*, den Wirtschaftsminister (*le ministre chargé de l'économie*) oder durch den Präsidenten der Kartellbehörde (*le président de l'Autorité de la concurrence*) eingeleitet werden, um Ersatz des erlittenen Schadens zu erlangen (vgl. Art. L442-4 I 2° *Code de Commerce* n.F.). Darüber hinaus ist in Art. L442-4 I *Code de Commerce* n.F. nun ausdrücklich statuiert, dass die von der Klausel betroffene Person die Nichtigkeitserklärung der Klausel verlangen kann. Die Nichtigkeit der Klausel kann jedoch nur von der durch die Klausel betroffenen Partei gerügt werden und nicht von allen Berechtigten, die Ersatz des entstandenen Schadens verlangen können (Art. L442-4 I 2° *Code de Commerce* n.F.). Somit wurde die teilweise bereits erfolgte Praxis der Gerichte hier nun kodifiziert. Zusammenfassend können sowohl die öffentliche Hand als auch die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer eine Verletzung der Norm des Art. L442-4 I 2° *Code de Commerce* n.F. – wie auch bereits bei ihrer Vorgängernorm – rügen.

b) Konvergenzen der Normen

Die Normen des Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F. (beziehungsweise auch seit 2019 in Form des Art. L442-4 I 2° *Code de Commerce* n.F.) und die des Art. 1171 *Code Civil* n.F. verfolgen gemeinsame Ziele.⁶³⁸ Beide wollen die Rechte und Pflichten der Parteien ausbalancieren und nutzen dazu den Maßstab des bedeutenden Ungleichgewichts zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien („déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat“, Art. 1171 *Code Civil* n.F.; bzw. „déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties“, Art. L442-1 I 2° *Code de Commerce* n.F./ Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F.). Auf diesen Zusammenhang desselben Zieles der Vorschriften weist gleichfalls der Bericht an den Präsidenten der Republik betreffend der Reform hin.⁶³⁹ Es ist daher wahrscheinlich, dass in Zukunft eine Klausel, die als unfair gem. Art. 1171 *Code Civil* n.F. betrachtet wird, ebenfalls als unfair nach dem *Code de Commerce* i. S. d. Art. L442-1 I 2° n.F. (Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F.) betrachtet wird.⁶⁴⁰

⁶³⁸ *Bosco*, in: L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires (2018), New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“, S. 202.

⁶³⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016 texte n° 25, sous-section 3: Le contenu du contrat; siehe auch *Bosco*, in: L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires (2018), New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“, S. 202.

Demnach bestanden vergleichbare gesetzliche Regelungen für Handelsgeschäfte bereits im französischen Handelsgesetzbuch vor der 2016-Schuld- und Vertragsrechtsreform.⁶⁴¹ Für den B2B-Verkehr nach französischem Recht bestand schon vor der Reform und gilt fortdauernd eine Schadensersatzpflicht für den Verwender von missbräuchlichen Klauseln – ganz gleich ob AGB oder Individualabreden – die den Vertragspartner einem bedeutenden Ungleichgewicht unterwerfen. Gleichfalls bestand für den durch die Klausel Betroffenen nach Maßgabe des Wettbewerbsrechts die Möglichkeit der Nichtigerklärung der verletzenden Klausel, wenn diese ein bedeutendes Ungleichgewicht zwischen den Parteien hervorruft.

c) Divergenzen

Während Art. 1171 *Code Civil* n.F. nur für AGB beziehungsweise im Voraus erstellte, nicht verhandelbare Verträge (*contrat d'adhésion*) gilt, galt und gilt die Norm des *Code de Commerce* (in alter Fassung seit 2008 und in neuer Fassung seit 2019) für verhandelbare und nicht verhandelbare Handelsverträge gleichermaßen.⁶⁴² Darüber hinaus sind die Bezugspunkte des bedeutenden Ungleichgewichts leicht abweichend, während es sich in Art. 1171 *Code Civil* n.F. um ein „déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat“ (Hervorhebung durch Verf.), handelt, benennt der *Code de Commerce* ein „déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties“ (Hervorhebung durch Verf.), (Art. L442-1 I 2° *Code de Commerce* n.F./Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F.), ohne eine Begrenzung auf die Vertragsparteien.⁶⁴³ Mithin ist der Bezugspunkt des *Code de Commerce* weiter und erlaubt die Berücksichtigung der gesamten Komplexität diverser vertraglicher Beziehungen der Parteien auf einer makro-vertraglichen Ebene, während der *Code Civil* nur die Berücksichtigung des einzelnen Vertrages auf einer mikro-vertraglichen Ebene erlaubt.⁶⁴⁴ Letztlich untersagt der *Code Civil* in Art. 1171 Abs. 2 n.F. die Berücksichtigung des eigentlichen Vertragsge-

⁶⁴⁰ Siehe ebenso, wenn auch zur Rechtslage vor dem 26.4.2019 und mithin zu Art. L 442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F.: *Bosco*, in: *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires* (2018), *New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“*, S. 203.

⁶⁴¹ S.a. *Klein*, RIW 2017, 38, 39.

⁶⁴² *Bosco*, in: *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires* (2018), *New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“*, S. 204 f.

⁶⁴³ So siehe auch: *Bosco*, in: *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires* (2018), *New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“*, S. 205.

⁶⁴⁴ *Bosco*, in: *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires* (2018), *New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“*, S. 205.

genstands und der Angemessenheit des Preises angesichts der Gegenleistung. Eine solche Einschränkung kennt der *Code de Commerce* nicht, womit grundsätzlich bei einer Abwägung anhand des *Code de Commerce* auch der eigentliche Vertragsgegenstand und der Preis berücksichtigt werden können.⁶⁴⁵

Weiterer Unterschied zwischen der Regelung des *Code Civil* und der des *Code de Commerce* bezüglich missbräuchlicher Klauseln liegt in der Rechtsfolge. Die Regelung des Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a. F. war ein deliktischer Tatbestand, weshalb der Kläger grundsätzlich lediglich Schadensersatz verlangen kann, nicht aber die Nichtigkeit einer Klausel geltend machen kann.⁶⁴⁶ Art. 1171 *Code Civil* n. F. hingegen hat die Unwirksamkeit der Klausel als Rechtsfolge.⁶⁴⁷ Die große Mehrheit der Gerichte erteilte als Rechtsfolge der Vorschrift des *Code de Commerce* Schadensersatz, wobei es auch Gerichte gab, die eine Teilnichtigkeit einer vertraglichen Klausel aus Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a. F. abgeleitet haben.⁶⁴⁸ Die Nachfolgenorm, Art. L442-1 I 2° *Code de Commerce* n. F., gestattet nun gem. Art. L442-4 I *Code de Commerce* n. F. auch eine Nichtigerklärung der Klausel – jedoch nur auf Antrag des betroffenen Geschäftspartners („seule la partie victime des pratiques“).

Ebenfalls variieren die befugten Kläger⁶⁴⁹ gegen die missbräuchlichen Klauseln, die Verjährungsfristen und die zuständigen Gerichte je nachdem, ob sich die Klage auf Art. 1171 *Code Civil* n. F. oder Art. L442-6 I 2° a. F./ Art. L442-1 I 2° n. F. *Code de Commerce* beruft.⁶⁵⁰

⁶⁴⁵ *Bosco*, in: *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires* (2018), *New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“*, S. 205 f.

⁶⁴⁶ Beide zum Art. L 442-6 I 2° *Code de Commerce* a. F.: *Niggemann*, *RIW* 2018, 658, 661; *Bosco*, in: *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires* (2018), *New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“*, S. 206.

⁶⁴⁷ *Bosco*, in: *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires* (2018), *New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“*, S. 206.

⁶⁴⁸ *Niggemann*, *RIW* 2018, 658, 662 mit weiteren Nachweisen (dort. Fn. 67 und 68); *Bosco*, in: *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires* (2018), *New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“*, S. 206.

⁶⁴⁹ Kläger gegen Art. L 442-6 I Nr. 2 *Code de Commerce* a. F. konnten dabei gem. Art. L 442-6 III *Code de Commerce* alle Personen sein, die ein Interesse rechtfertigen können (bspw. Vertragspartner), aber auch die Staatsanwaltschaft (*ministère public*) und der Wirtschaftsminister (*ministre chargé de l'économie*) oder der Präsident der Wettbewerbskommission (*président de l'Autorité de la concurrence*). Der neue Art. L 442-1 II *Code de Commerce* n. F. erlaubt es nun ebenfalls einem weiteren Kreis als dem des Vertragspartners, sich auf Schadensersatz wegen der Klausel zu berufen.

⁶⁵⁰ Siehe für weitere Details: *Bosco*, in: *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires* (2018), *New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“*, S. 206 f.

d) Koexistenz

Die neuen Regelungen betreffend das AGB-Recht im *Code Civil* finden im Handelsverkehr Anwendung. Daraus folgend stellt sich die Frage nach deren Konkurrenzverhältnis. Man könnte meinen, zwischen Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F./Art. L442-1 I 2° *Code de Commerce* n.F. und Art. 1171 *Code Civil* n.F. besteht eine Ausschlusskonkurrenz des spezielleren Handelsrechts, das die Anwendung des Art. 1171 *Code Civil* n.F. im Handelsverkehr versperren könnte.⁶⁵¹ Wenngleich gegen eine Konkurrenz und für eine Anwendbarkeit der Vorschriften nebeneinander sprechen würde, dass die Vorschrift des *Code de Commerce* eine wettbewerbsrechtliche Vorschrift gerichtet auf die Rechtsfolge des Schadensersatzes ist, während die Vorschrift des *Code Civil* eine rein vertragliche Vorschrift ist, die die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen als Rechtsfolge anordnet.⁶⁵² Der Anwendungsbereich und Zweck der beiden Normen divergieren: Hinsichtlich des Anwendungsbereichs betrifft die handelsrechtliche Vorschrift Wirtschaftspartner, die des *Code Civil* Vertragspartner; hinsichtlich des Zwecks betrifft die handelsrechtliche Vorschrift den Haftungsfall infolge einer unerlaubten Handlung, die des *Code Civil* einen Mangel in der Gültigkeit des Vertrages.⁶⁵³ Bei den Beratungen des Ratifizierungsgesetzes für die Reform des *Code Civil* wurde die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis zwischen Art. 1171 *Code Civil* n.F. und Art. L 442-6 I Nr. 2 *Code de Commerce* a.F. aufgeworfen, die verwendeten Formulierungen verblieben indessen unklar.⁶⁵⁴ Die genannten Gründe sprechen jedoch für die Annahme einer Koexistenz in Form einer Komplementarität.⁶⁵⁵

Somit ist der reformierte Art. 1171 *Code Civil* n.F. trotz seiner Neuerungen und der Besonderheiten für das französische Recht weniger überwältigend für den unternehmerischen Verkehr als man zunächst annehmen könnte. Da bereits die Norm des *Code de Commerce* (Art. L442-6 I 2° *Code de Commerce* a.F./Art. L442-1 I 2° *Code de Commerce* n.F.) eine mindestens genauso besorgniserregende Vorschrift für unternehmerische Verträge beinhaltete und diese inhaltlich auf Grundlage eines bedeutenden Ungleichgewichts im Vertrag kontrollierte, war Unternehmen in B2B-Verträgen bereits

⁶⁵¹ Niggemann, RIW 2018, 658, 662; Bosco, in: L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires (2018), New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“, S. 207.

⁶⁵² Vgl. die Ansicht vertritt Niggemann, RIW 2018, 658, 663.

⁶⁵³ Bosco, in: L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires (2018), New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“, S. 208.

⁶⁵⁴ Niggemann, RIW 2018, 658, 662 m. w. N.

⁶⁵⁵ So auch Bosco, in: L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires (2018), New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“, S. 208.

dieses Risiko der inhaltlichen Vertragskontrolle durch Gerichte vertraut.⁶⁵⁶ Dennoch erweitert der reformierte Art. 1171 *Code Civil* n.F. den Bereich, in dem die Gerichte den Vertragsinhalt in unternehmerischen Verträgen korrigieren können, und auch die Rechtsfolge der Unwirksamkeit ist nun über Art. 1171 *Code Civil* n.F. möglich, während zuvor grundsätzlich über den *Code de Commerce* Schadensersatz erzielt werden konnte.⁶⁵⁷

5. Kritik an neuen AGB-rechtlichen Kodifikationen des französischen Rechts

Die neuen AGB-rechtlichen Kodifikationen des französischen Rechts sind nicht unumstritten und unterliegen bereits Kritik. An der Norm des neuen Art. 1171 *Code Civil* n.F. wird gerügt, dass dieser Unvorhersehbarkeit und Rechtsunsicherheit für Verträge, die französischem Recht unterliegen, mit sich bringe.⁶⁵⁸ Die neuen Normen der Artt. 1162–1171 *Code Civil* n.F. würden wie sehr starke Waffen der Gerichte wirken, um in den vereinbarten Vertragsinhalt der Parteien einzugreifen.⁶⁵⁹ Jedoch bestanden auch vor der Reform Normen im französischen Recht, die den Gerichten Eingriffsmöglichkeiten einräumten und die die französischen Gerichte nur moderat genutzt haben, was mithin weniger Sorge gegenüber den neuen Artikeln notwendig mache.⁶⁶⁰

Trotzdem erlauben die Artt. 1170 und 1171 *Code Civil* n.F. ein erhebliches Eingreifen der Gerichte in Vertragsklauseln, die als „unangemessen“ gelten.⁶⁶¹ Der Grund der Reform, einem Ausnutzen der Vertragsfreiheit durch die Verwender von AGB entgegen zu wirken, wird anerkannt, jedoch wird die Rechtsunsicherheit, die mit Art. 1171 *Code Civil* n.F. verbunden wird, kritisiert.⁶⁶² Die legislative Strategie sei nachvollziehbar, jedoch wäre es wünschenswert gewesen, dass die Kontrolle auf einige Branchen, in denen ein Ausnutzen besonders als Risiko gesehen wurde, eingeschränkt würde,

⁶⁵⁶ *Bosco*, in: *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires* (2018), *New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“*, S. 208.

⁶⁵⁷ *Bosco*, in: *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires* (2018), *New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of „Unfair Terms“*, S. 208.

⁶⁵⁸ Solche Kritik bspw. von *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 161.

⁶⁵⁹ *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 146.

⁶⁶⁰ *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 146.

⁶⁶¹ *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 146.

⁶⁶² *Stoffel-Munck*, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 159.

anstatt sich auf alle Branchen auszudehnen.⁶⁶³ Alternativ wird vorgeschlagen, dass unter bestimmten Umständen, wie einer besonderen Einwilligung zu einer bestimmten Klausel, Art. 1171 *Code Civil* n.F. trotz einer nicht-Verhandelbarkeit des Klauselwerkes keine Anwendung auf diese gesonderte Klausel finden solle.⁶⁶⁴ Die Rechtsunsicherheit stammt vor allem daraus, dass unklar ist, was genau ein *déséquilibre significatif* (bedeutendes Ungleichgewicht) ausmache.⁶⁶⁵ Zudem sei zur Bewertung einer Vertragsklausel und ob ein bedeutendes Ungleichgewicht vorliege, einige Erfahrung, insbesondere Geschäftserfahrung aus dem unternehmerischen Verkehr, erforderlich, um dies gebührend einzuschätzen, worauf die Ausbildung französischer Richter nicht ganz ausgelegt sei.⁶⁶⁶ Hierauf sind die Richter der Kammern, die spezialisiert sind auf Handelssachen und die für Klagen nach Art. L442-6 *Code de Commerce* a.F. zuständig waren, ausgerichtet. Für die Auslegung des Art. 1171 *Code Civil* n.F. besteht jedoch keine besondere Zuständigkeit.⁶⁶⁷

Es bestehen auch bereits Umgehungsüberlegungen in Frankreich, wie Unternehmen die strengere Vorschrift des Art. 1171 *Code Civil* n.F. in Zukunft umgehen könnten. So wird überlegt, wann von einer „Verhandelbarkeit“ einer Klausel i.S.d. Art. 1171 *Code Civil* n.F. ausgegangen werden kann und es wird zu ausführlichen Verhandlungsdokumentationen, um seine Verhandlungsbereitschaft als Klauselsteller nachweisen zu können, geraten.⁶⁶⁸ Dies erinnert stark an die deutsche Diskussion zum AGB-Recht. Außerdem wird befürchtet, dass eventuell Verträge aufgrund der Verschärfung der AGB-Kontrolle beziehungsweise der Rechtsunsicherheit des Art. 1171 *Code Civil* n.F. ins Schiedsrecht abwandern könnten.⁶⁶⁹

⁶⁶³ Stoffel-Munck, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 159.

⁶⁶⁴ Stoffel-Munck, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 163.

⁶⁶⁵ Stoffel-Munck, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 159 f.

⁶⁶⁶ So Stoffel-Munck, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 160.

⁶⁶⁷ Stoffel-Munck, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 160 f.

⁶⁶⁸ Solche Bedenken äußert Niggemann, RIW 2018, 658, 664.

⁶⁶⁹ Stoffel-Munck, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), *The Revolution in Unfair Terms*, S. 164. Jedoch werden auch in diesem Zusammenhang keinerlei Erwägungen zu Kausalzusammenhängen oder Anreizfaktoren unternehmerischer Rechts- und Forumswahl angestellt, was ebenso wie bei dem „Rechtsfluchtargument“ der deutschen Reformdebatte hier dem Argument des „Risikos des Abwanderns ins Schiedsrecht“ in der französischen Debatte entgegeng gehalten werden muss.

6. Fazit zur französischen AGB-Kontrolle von Haftungsfreizeichnungsklauseln

Durch die Schuldrechtsreform 2016 hat eine allgemeine AGB-Kontrolle Einzug in den *Code Civil* gefunden. Zuvor galten nur im Verbraucherrecht kodifizierte Maßstäbe für die AGB-Kontrolle.

Der Art. 1171 *Code Civil* n.F. regelt nun den Maßstab für die Wirksamkeit von AGB-Klauseln. Vor der Kodifizierung hatten jedoch die Entscheidungen *Chronopost* und *Faurecia* der *Cour de Cassation* Haftungsfreizeichnungsklauseln nur dann erlaubt, wenn sie nicht den Kern des Vertragsinhalts abfälschen oder abbedingen. Es waren mithin nach alter Rechtslage im französischen Recht der grundsätzlichen Möglichkeit, Haftungsbeschränkungen in AGB in B2B-Verträgen zu vereinbaren, Grenzen gesetzt, soweit sie den Vertragspartner der Erfüllung einer wesentlichen Vertragspflicht ihm gegenüber beraubten.

Und auch bestand in Frankreich bereits vor der Schuldrechtsreform aus dem Jahr 2016 eine Kontrolle von Vertragsverhältnissen über Art. L442-6 *Code de Commerce* a.F. (mit Geltung seit 6. August 2008), die seit dem 26. April 2019 bezüglich der Kontrolle eines „bedeutenden Ungleichgewichts“ in Art. L442-1 I 2° *Code de Commerce* n.F. übergegangen ist. Dieser galt vor der Reform und gilt nach der Reform grundsätzlich für alle Arten von Verträgen – verhandelbar oder unverhandelbar – im unternehmerischen Geschäftsverkehr. Somit stellt Art. 1171 *Code Civil* n.F. zwar eine Ergänzung der Vertragskontrolle, speziell gemünzt auf das Vertragsrecht dar, aufgrund des ähnlichen Kontrollmaßstabes mit dem *Code de Commerce* hat sich jedoch weniger gravierend etwas für den B2B-Verkehr im französischen Recht verändert, als man zunächst annehmen könnte. Dennoch erweitert der neue Art. 1171 *Code Civil* n.F. den Bereich, in dem die Gerichte den Vertragsinhalt in unternehmerischen Verträgen neben den Kontrollmöglichkeiten des *Code de Commerce* korrigieren können. Auch ist Art. 1171 *Code Civil* n.F. auf die Rechtsfolge der Unwirksamkeit ausgerichtet, während Art. L442-1 I 2° *Code de Commerce* n.F. grundsätzlich als Rechtsfolge Schadensersatz vorsieht und nur für den betroffenen Geschäftspartner seit der Reform 2019 die Nichtigkeitserklärung ausdrücklich ermöglicht.

III. Rechtsvergleich der Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im französischen und deutschen Recht

Zusammenfassend ist die französische AGB-Kontrolle sehr vergleichbar mit der deutschen Klauselkontrolle. Die Annäherung der beiden Rechtsordnungen hat sich durch die Schuldrechtsreform Frankreichs 2016 noch verstärkt.⁶⁷⁰

⁶⁷⁰ Häcker, in: *The Code Napoléon Rewritten* (2017), La Troisième Jeunesse du Code Civil, S. 406 f., spricht in diesem Zusammenhang von einem „cautious rapprochement“ (einer vorsichtigen Annäherung).

Eine Annäherung der beiden Rechtsordnungen kann in der Kontrolle von AGB beobachtet werden. In beiden Rechtsordnungen unterliegen Klauseln auch im unternehmerischen Verkehr einer kodifizierten Klauselkontrolle. In Frankreich bemisst sich diese seit 2016 kodifizierte Klauselkontrolle speziell für AGB anhand eines „bedeutenden Ungleichgewichts“ i.S.d. Art. 1171 *Code Civil* n.F. In Deutschland ist vergleichbarer Maßstab der Klauselkontrolle die „unangemessene Benachteiligung“ i.S.d. § 307 BGB. Die Generalklausel des Art. 1171 *Code Civil* n.F. für die AGB-Kontrolle im neuen französischen Vertragsrecht ähnelt dabei der Generalklausel des § 307 BGB.⁶⁷¹

Außerdem erinnerten die vor der Kodifikation maßgeblichen Leitentscheidungen der französischen Rechtsprechung zu Haftungsbeschränkungsklauseln, *Chronopost* und *Faurecia*, mit ihrem Maßstab, dass Haftungsbeschränkungsklauseln nur dann wirksam sein können, wenn sie den Vertragspartner nicht einer wesentlichen Vertragspflicht des Vertragspartners berauben, an den Maßstab des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Nach der Norm des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Vertragsbestimmung „wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.“ Die Maßstäbe für Haftungsbeschränkungsklauseln der *Chronopost*- und *Faurecia*-Entscheidung der *Cour de Cassation* wurden im Zuge der Reform in Art. 1170 *Code Civil* n.F. kodifiziert. Unterschied ist jedoch, dass Art. 1170 *Code Civil* n.F. für alle Arten von Klauseln gilt und nicht auf den *contrat d'adhésion* beschränkt ist, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB sich auf die Kontrolle von AGB beschränkt. Mithin ist hier in dieser Hinsicht die neue französische Regelung weitgreifender als die deutsche Klauselkontrolle.

Ebenfalls ähneln sich die Diskussionen der beiden Rechtsordnungen bezüglich möglicher Umgehungsmöglichkeiten der Normen der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr. In Frankreich wird überlegt, wie Unternehmen die strengere Vorschrift des Art. 1171 *Code Civil* n.F. in Zukunft umgehen können und wann von einer „Verhandelbarkeit“ einer Klausel i.S.d. Art. 1171 *Code Civil* n.F. ausgegangen werden kann.⁶⁷² Dabei wird zu einer ausführlichen Verhandlungsdokumentation geraten, um seine Verhandlungsbereitschaft als Klauselsteller nachweisen zu können.⁶⁷³ Dies erinnert an die deutsche Diskussion zum AGB-Recht und wie ein „Aushandeln“ i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB erreicht werden könnte, um der AGB-Kontrolle zu entkommen.

Zudem gleichen sich die AGB-Kontrollen des französischen und des deutschen Rechts hinsichtlich der Auslegung von AGB, bei der nach beiden

⁶⁷¹ Kramer, *Revue de droit suisse* 2018, 295, 307.

⁶⁷² Vgl. Niggemann, *RIW* 2018, 658, 664.

⁶⁷³ Solche Bedenken äußert Niggemann, *RIW* 2018, 658, 664.

Rechtsordnungen Zweifel zu Lasten des AGB-Verwenders ausgelegt werden. Ebenfalls erinnern die Kritik an Art. 1171 *Code Civil* n.F. und die Alternativvorschläge, um bestimmte Klauseln im unternehmerischen Verkehr beispielsweise bei besonderer Zustimmung aus dem Anwendungsbereich der Kontrolle des Art. 1171 *Code Civil* n.F. herauszunehmen, stark an die Anmerkungen der Reformbefürworter in der Diskussion um eine Reform des deutschen AGB-Rechts. Darüber hinaus ähneln sich die Situationen im deutschen und im französischen AGB-Recht, da auch in Frankreich bereits befürchtet wird, dass die Klauselkataloge der unwirksamen Klauseln in AGB im Verbraucherrecht des *Code de la Consommation* (in Art. R212-1 und Art. R212-2 Kataloge mit „grauen“ und „schwarzen“ Klauseln, die als missbräuchlich angesehen werden bzw. werden können), Einfluss auf die Auslegung des Art. 1171 *Code Civil* n.F. haben könnten.⁶⁷⁴ Dies erinnert an die vom BGH im deutschen Recht angenommene Indizwirkung der Klauselkataloge der §§ 308, 309 BGB für die Auslegung des § 307 Abs. 1, 2 BGB. Ob im französischen Recht Gleiches durch die Gerichte angenommen werden wird, bleibt abzuwarten.

IV. Konsequenzen und Fazit

Die Kontrollen der beiden Rechtsordnungen in der AGB-Kontrolle von Haftungsfreizeichnungen ähneln sich und haben sich durch die Schuldrechtsreform 2016 in Frankreich sogar noch angenähert.

Vor allem aber hat Frankreich bei seiner Reformierung des Schuldrechts nicht die Chance genutzt, das AGB-Recht für den unternehmerischen Rechtsverkehr zu liberalisieren, sondern im Gegenteil eine allgemeine Kontrolle von AGB in den *Code Civil* aufgenommen, die auf die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der missbräuchlichen Klausel zielt. Der Trend der Stammrechtsordnung im romanischen Recht ging mithin durch die Schuldrechtsreform im Jahr 2016 hin zu einer stärkeren Kontrolle von AGB in unternehmerischen Verträgen. Der Anspruch der 2016-Reform des französischen Schuldrechts, durch die Reform ein attraktiveres Recht für internationale Handelsstreitigkeiten zu erschaffen, ist Kritikern zufolge nicht erreicht worden.⁶⁷⁵

Diese Betrachtungen der AGB-Kontrolle in Frankreich als eine weitere europäische Rechtsordnung erhöht nicht den Bedarf einer Liberalisierung des deutschen AGB-Rechts aus Gründen eines *race to the bottom*, bei dem sich alle Staaten „nach unten“, hin zu weniger Regelungen, anpassen müssen. Darüber hinaus ist eine Rechtsflucht durch deutsche Unternehmen ins französische Recht bislang wenig erfolgt und auch wenig befürchtet worden. Ein solches Rechtsfluchtrisiko deutscher Unternehmen oder internationaler Ver-

⁶⁷⁴ So Niggemann, RIW 2018, 658, 664.

⁶⁷⁵ Whittaker, Oxford Journal of Legal Studies 2019, 404, 433 f.

träge mit Involvierung eines deutschen Unternehmens wird in Zukunft noch weniger aus Gründen des AGB-Rechts zu befürchten sein.

E. Fazit des Rechtsvergleichs und Konsequenzen für den Reformbedarf des deutschen AGB-Rechts

Welche Konsequenzen können aus diesem funktionalen Rechtsvergleich der Kontrolle von Haftungsbeschränkungen in unternehmerischen Verträgen zwischen dem deutschen Recht und dem englischen, Schweizer und französischen Recht gezogen werden? Dieser Abschnitt geht auf die Konsequenzen ein, die aus dem erfolgten Rechtsvergleich für die Hinterfragung des Rechtsfluchtargumentes in der Reformdiskussion um das deutsche AGB-Recht für den B2B-Verkehr gezogen werden können.

I. Liberalere AGB-Kontrolle in beliebten „Fluchtzielen“?

Ergab die rechtsvergleichende Analyse, dass eine liberalere AGB-Kontrolle in beliebten Rechtsfluchtzielen deutscher Unternehmen – in England und in der Schweiz – besteht? Die Antwort lautet: teils, teils.

In der Schweiz besteht *de facto* eine sehr vergleichbare Rechtslage im AGB-Recht für den unternehmerischen Rechtsverkehr wie in Deutschland. Bislang ist die Kontrolle für den B2B-Verkehr jedoch nicht kodifiziert, sondern allein durch die Rechtsprechung ein Kriterienkatalog entwickelt. Außerdem besteht die Möglichkeit durch einen ausdrücklichen Hinweis auf die Klausel, die Gültigkeitskontrolle der BG-Rechtsprechung abzuwenden, was ein Abwenden der AGB-Kontrolle erlaubt. Ebenso besteht bislang weniger ausdifferenzierende Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts zu Einzelfällen der AGB-Kontrolle. Mithin ist die Schweizer AGB-Kontrolle sehr vergleichbar und nur in Nuancen liberaler als die deutsche. Dabei hat das Schweizer AGB-Recht jedoch auch andere Nachteile und Fallstricke, die nicht übersehen werden sollten.

In England ist die Handhabung der Kontrolle von Klauselkatalogen im unternehmerischen Verkehr gegenüber internationalen Verträgen liberaler als in Deutschland. Die englischen Gerichte achten bei allen unternehmerischen Verträgen (nicht nur internationalen Verträgen) zudem sehr auf eine zurückhaltende Kontrolle und betonen stark die Vertragsfreiheit. Dies drückt sich vor allem in der Abwesenheit – anders als im deutschen Recht – eines allgemeinen *good faith principle* aus, das es erfordert, dass jegliche Eingriffe in die Vertragsfreiheit von den Gerichten als eine Ausnahme gerechtfertigt werden müssen.

Zusammenfassend besteht in der Schweiz in Nuancen eine Möglichkeit, mehr Haftungsbeschränkungen in AGB in B2B-Verträge aufzunehmen als in Deutschland. In England besteht hingegen durchaus eine liberalere Klauselkontrolle in unternehmerischen Verträgen.

II. Liberalisierungstrend der AGB-Kontrolle in anderen Rechtsordnungen in Europa?

Ob es einen generellen Liberalisierungstrend im AGB-Recht in Europa gibt, wurde hier nur stichpunktartig geprüft. Die Ergebnisse der Rechtsordnungen Frankreichs und der Schweiz sprechen eher dagegen. Frankreich hat seine AGB-Kontrolle für B2B- und B2C-Verträge durch die Schuldrechtsreform im Jahr 2016 verschärft. In der Schweiz wird immer wieder über eine Kodifizierung der ungeschriebenen, verdeckten Inhaltskontrolle von AGB diskutiert, wobei dies bislang nicht erfolgt ist und die AGB-Kontrolle der Schweiz jüngst unverändert blieb. England stellt unter den hier analysierten Rechtsordnungen die liberalste Rechtsordnung dar und einen Sonderfall, der es weitreichend erlaubt bestimmte unternehmerische Verträge aus dem Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle herauszunehmen. Die Klauselkontrolle war in England bislang sehr milde und weder der UCTA 1977 noch sonstige Gesetze oder Rechtsprechung haben zu einer starken Verschärfung der AGB-Kontrolle hinsichtlich Haftungsfreizeichnungsklauseln, insbesondere nicht für internationale Lieferverträge, geführt.

III. Konsequenzen für deutsches Recht

Für die Reformfrage der §§ 305 ff. BGB im deutschen Recht bedeutet dies, dass, wenn Unternehmen tatsächlich aufgrund der Qualität des AGB-Rechts in eine ausländische Rechtsordnung ausweichen (und nicht aufgrund anderer Anreizfaktoren), diese nur davon abgehalten werden könnten, wenn sich das Schutzniveau der deutschen AGB-Kontrolle auf das Maß der englischen Klauselkontrolle im B2B-Verkehr herabsenken würde. Ob ein solches Herabsenken im Sinne aller Marktteilnehmer des unternehmerischen Rechtsverkehrs ist, insbesondere der KMUs in Deutschland, ist fraglich. Zudem zeigt die Analyse der französischen und der schweizerischen Klauselkontrolle, dass auch andere Rechtsordnungen im europäischen Rechtsraum eine vergleichbare AGB-Kontrolle für unternehmerische Verträge wie die deutsche AGB-Kontrolle vorsehen. Frankreich hat seine AGB-Kontrolle trotz bestehender Debatten zu Fragen des Wettbewerbs zwischen Rechtsordnungen sogar im Jahr 2016 noch verschärft.

Außerdem spricht die auch im Schweizer Recht bestehende und recht vergleichbare AGB-Kontrolle dagegen, dass die AGB-Kontrolle ein entscheidender Anreizfaktor für die unternehmerische Rechtswahl ist. Mithin würde eine Liberalisierung der deutschen AGB-Kontrolle wohl keinen plötzlichen Ansturm auf die deutsche Rechtsordnung auslösen oder ein Ausweichen der deutschen beziehungsweise internationalen Verträge in andere Rechtsordnungen plötzlich stoppen.

Kapitel 5

Konsequenzen für Reformüberlegungen im deutschen AGB-Recht

Welche Konsequenzen sich aus der Analyse des Reformargumentes der Rechtsflucht für die Reformfrage ergeben und ob durch eine AGB-Reform überhaupt das Ziel der Vermeidung beziehungsweise der Verminderung einer Rechtsflucht internationaler Handelsverträge in ausländische Rechtsordnungen erreicht werden könnte, wird in diesem Kapitel erörtert. Anhand der Ergebnisse der Analysen aus Kapitel 2, 3 und 4 sollen hier zunächst die Reichweite einer Rechtsflucht, die tatsächliche Gewichtigkeit des Rechtsfluchtrisikos und die Effektivität einer Rechtsflucht auf der Suche nach liberaleren Haftungsbeschränkungsregelungen eingestuft werden (Buchst. A). Sodann wird analysiert, ob sich hieraus ein Handlungsbedarf des Gesetzgebers ergibt (Buchst. B). Abschließend wird in diesem Kapitel analysiert, sofern der Gesetzgeber aktiv werden würde, welche Ansatzpunkte im Lichte der Analyseergebnisse dieser Arbeit als sinnvoll erscheinen (Buchst. C).

A. Ergebnisse der Analyse des Rechtsfluchtrisikos aufgrund des deutschen AGB-Rechts

Ausgangsfrage der Analyse war einerseits, ob erhöhter Reformbedarf des deutschen AGB-Rechts aufgrund unternehmerischer Rechtsflucht in Handelsverträgen besteht und andererseits wie stark das Argument des Rechtsfluchtrisikos für die Reformfrage im nationalen deutschen AGB-Recht zu gewichten ist. Die Analyse der einzelnen Kapitel ergab folgendes:

I. Kollisionsrechtliche Grenzen der Rechtsflucht (Kapitel 2)

Die Analyse der kollisionsrechtlichen Ausweichmöglichkeiten vor den §§ 305 ff. BGB hat ergeben, dass kaum Grenzen für eine Rechtsflucht vor der deutschen AGB-Kontrolle durch das Kollisionsrecht gesetzt sind. Vor staatlichen Gerichten der EU-Mitgliedstaaten besteht einzig die Einschränkung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO bei reinen Inlandssachverhalten. Vor staatlichen Gerichten in Nicht-EU-Mitgliedstaaten (Drittstaaten) ist deren nationales IPR entscheidend. Vor Schiedsgerichten ist bei einem Sitz des Schiedsgerichtes

innerhalb der EU noch ungeklärt und umstritten, ob die Rom I-VO Anwendung findet und Grenzen vorschreibt – wobei selbst bei einer Bindung der Schiedsgerichte das Vorgehen gegen einen Verstoß der Schiedsgerichte gegen die Vorschriften der Rom I-VO beziehungsweise die Kontrolle der Schiedsgerichte fraglich ist. Bei einem Sitz des Schiedsgerichtes außerhalb der EU ist eine Einschränkung der Rechtsflucht durch die Rom I-VO keine Option. In einer solchen Konstellation richten sich die kollisionsrechtlichen Grenzen der Rechtsflucht nach dem nationalen IPR am Sitz des Schiedsgerichtes.

Für die Reformfrage bedeutet dies, dass ein Ausweichen vor dem deutschen AGB-Recht weitreichend möglich ist, insbesondere ohne die Grenze zwingenden nationalen Rechts in internationalen Verträgen. Dies bedeutet auch, dass die theoretische Gefahr einer Rechtsflucht durch deutsche Unternehmen in ausländische Rechtsordnungen im B2B-Bereich besteht.

Ob diese Gefahr nur in der Theorie besteht oder auch in der Praxis hohe Relevanz hat, hängt von den Einflussfaktoren auf die unternehmerische Rechtswahl sowie von der Attraktivität und den Unterschieden zwischen den Rechtsordnungen und von der Trägheit der Rechtswahlentscheidungen von Unternehmen ab.

II. Einfluss des AGB-Rechts auf die unternehmerische Rechtswahl (Kapitel 3)

Die kritische Hinterfragung des Einflusses des AGB-Rechts auf die unternehmerische Rechtswahl in Handelsverträgen hat hervorgebracht, dass das deutsche AGB-Recht weder alleiniger noch ausschlaggebender Faktor für eine Rechtsflucht aus dem deutschen Recht im B2B-Verkehr ist. Eine Reform des deutschen AGB-Rechts einzig aus dem Grund der Vermeidung einer Rechtsflucht in ausländische Rechtsordnungen würde ihren Zweck verfehlen. Es besteht eine Fülle an Anreizfaktoren. Unter diesen ist das AGB-Recht nicht der allein ausschlaggebende. Zudem liegen der unternehmerischen Rechtswahl in Verträgen Mechanismen zugrunde, die eine schlagartig vermehrte Wahl des deutschen Rechts allein durch eine AGB-Reform unwahrscheinlich erscheinen lassen. Eine Reform allein des deutschen AGB-Rechts würde auch keine Eindämmung im großen Maße der unternehmerischen Rechtswahl in Verträgen zugunsten ausländischer Rechtsordnungen herbeibringen und somit das gewünschte Ziel der Reformbefürworter, ein Rechtsfluchtrisiko zu verringern, verfehlen. Wichtig für den Gesetzgeber ist, nicht mit der Hoffnung auf nicht erreichbare Ziele das deutsche AGB-Recht für den unternehmerischen Verkehr zu reformieren.

Mit einer isolierten Reform des AGB-Rechts wäre der Rechtsflucht nicht abgeholfen. Sinnvoll erscheint vielmehr eine Reform auf materiellrechtlicher Ebene der §§ 305–310 BGB in Kombination mit der prozessualen Ebene (ZPO und GVG). Ob diese notwendigen Schritte durch die Bemühungen in Deutsch-

land, Englisch in Handelskammern als Prozesssprache anzubieten,¹ bereits erfüllt wurden und entscheidende Schritte in die richtige Richtung eingeläutet haben, bleibt fraglich.² Neben der Gerichtssprache sind doch auch die Faktoren der Vertrautheit, Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit sowie der englischsprachige Zugang zu weiteren Rechtsdokumenten und zu dem wissenschaftlichen Diskurs bedeutend, wobei der wichtige Unterschied zwischen Muttersprachlern und Englischlernenden unbeeinflussbar bleibt.³ Eine wichtige Erkenntnis ist außerdem der enge Zusammenhang in der unternehmerischen Rechtswahl zwischen der Wahl des anwendbaren Rechts und der Wahl des Forums und das Wirken von Netzwerk- und Lock-in-Effekten. Nur eine langsame Etablierung eines „attraktiven“ Rechtsstandortes samt Rechtsordnung erscheint als möglicherweise geeignet, den Marktanteil Deutschlands im gewählten Vertragsrecht zu erhöhen. Die bestehenden Netzwerk- und Lock-in-Effekte zugunsten der vorherrschenden Rechtswahl sind nur schwer und damit allenfalls mit langfristiger Perspektive aufzuheben und zu verändern.

III. AGB-Kontrolle der Haftungsbeschränkungsklauseln in anderen Rechtsordnungen (England, Schweiz, Frankreich) (Kapitel 4)

Die Analyse der AGB-Kontrolle der Haftungsbeschränkungsklauseln in den Rechtsordnungen England, Schweiz und Frankreich ergab, dass eine Rechtsflucht aus der deutschen Rechtsordnung heraus in diese Rechtsordnungen nicht durchweg lohnenswert für Unternehmen hinsichtlich der Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB ist.

Die Analyse der in empirischen Daten präferierten europäischen Rechtsordnungen in unternehmerischen Verträgen ergab folgendes: Die Schweizer Rechtsordnung handhabt die unternehmerische AGB-Kontrolle letztlich recht ähnlich wie die deutsche. Wesentlicher Unterschied optischer, nicht inhaltlicher Art, ist, dass die AGB-Kontrolle in unternehmerischen Verträgen nicht kodifiziert ist, sondern nur durch Rechtsprechung entwickelte Voraussetzungen bestehen. Dabei ist die Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts bislang weniger ausdifferenziert und konkretisiert in den Nuancen der AGB-Kontrolle als die des deutschen BGH.

Die englische Klauselkontrolle bezüglich Haftungsbeschränkungsklauseln in unternehmerischen Verträgen beachtet grundsätzlich ausdrücklicher die

¹ Siehe diverse Gesetzesanträge des Bundesrates für die Einführung von Kammern für internationale Handelssachen: BR-Drs. 42/10; BR-Drs. 93/14; BR-Drs. 53/18 mit Gesetzentwurf im Bundestag BT-Drs. 19/1717 (vom 18.4.2018). Siehe hierzu Kapitel 5 – C.I.1 und zu verschiedenen Modellprojekten in deutschen Gerichten Kapitel 5 – C.I.3.

² Ebenso Coester, Comment on Vogenauer, 285, 286 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013).

³ Vgl. auch Coester, Comment on Vogenauer, 285, 286 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013).

Bedürfnisse des unternehmerischen Rechtsverkehrs und ist zudem noch milder in der Kontrolle bei internationalen unternehmerischen Verträgen.

Die Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln des französischen Rechts hat sich durch die Schuldrechtsreform des *Code Civil* des Jahres 2016 noch verstärkt und der rechtlichen Situation in Deutschland angeglichen.

Eine Flucht in die beliebten ausländischen Rechtsordnungen Englands und der Schweiz oder in die jüngst im Vertragsrecht umfassend reformierte französische Rechtsordnung ist nur teilweise, d. h. nur in manchen der Rechtsordnungen, effektiv. In der schweizerischen Rechtsordnung erwarten die Unternehmen ähnlich strenge Haftungsbeschränkungsbestimmungen für AGB-Klauseln. Die Analyse der französischen Handhabung zeigt, dass eine Flucht nach Frankreich auch keine effektive Rechtsflucht der Unternehmen für mehr Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten darstellt. Hingegen würde eine Rechtsflucht in das englische Recht mehr Möglichkeiten für Haftungsfreizeichnungsklauseln in AGB im B2B-Verkehr ermöglichen. Dies wäre eine effektive Flucht.

Ob jedoch ein hohes Rechtsfluchtrisiko in die englische Rechtsordnung – oder auch in die schweizerische oder französische Rechtsordnung unter der fälschlichen Annahme einer weitaus liberaleren Handhabung von Haftungsausschlussklauseln in ebendiesen – aufgrund des AGB-Rechts besteht, ist angesichts der Ergebnisse aus Kapitel 3 zu bezweifeln. Letztlich ist zu berücksichtigen, dass die Rechtswahl nicht allein oder ausschlaggebend aufgrund der AGB-Kontrolle der jeweiligen Rechtsordnung erfolgt. Die Ausprägung der AGB-Kontrolle ist nur ein Faktor von vielen bei der unternehmerischen Rechtswahl. Daneben haben diverse andere Faktoren einen Einfluss und die der Rechtswahl zugrundeliegenden Mechanismen beeinflussen und retardieren Veränderungen im Markt beziehungsweise stabilisieren einmal etablierte Trends.

B. Handlungsbedarf des Staates?

Soll sich im Lichte der gefundenen Analyseergebnisse hinsichtlich des Rechtsfluchtrisikos aufgrund des AGB-Rechts ein Staat an einem Wettbewerb um das für Unternehmen attraktivste AGB-Recht beteiligen? Es bestehen verschiedene Gründe für eine AGB-Kontrolle auch in unternehmerischen Verträgen. Diese würden auch dann bestehen bleiben, wenn manche unternehmerische Verträge eine Rechtsflucht aufgrund der §§ 305 ff. BGB beginnen (Ziff. I). Zudem stellt sich die Frage, welches Interesse ein Staat an einem nationalen AGB-Recht hat, das häufig in unternehmerischen Verträgen gewählt wird, und ob ausreichend Anreize aus Sicht des Staates für eine Gesetzesänderung aufgrund einer Rechtsflucht mancher Verträge bestehen, um die AGB-Kontrolle liberaler zu gestalten (Ziff. II).

I. Verbleibende Gründe für AGB-Kontrolle trotz Rechtsflucht

AGB werden im Handelsverkehr viel genutzt. Der AGB-Verwender verfolgt mit der Verwendung von standardisierten Klauselwerken typischerweise den Zweck der Rationalisierung um Zeitaufwand und Transaktionskosten einzusparen, der Lückenausfüllung, der Rechtsfortbildung und einer Risikoabwälzung zu Lasten des Vertragspartners.⁴ Die unternehmerische Geschäftsabwicklung wird durch das Verwenden von Klauselwerken für eine Vielzahl gleichförmiger Klauseln – AGB – rationalisiert.⁵ Auf diese Weise entstehen Zeit- und Kostenersparnisse, sodass AGB eine Senkung der Transaktionskosten des rechtsgeschäftlichen Verkehrs bewirken.⁶ Die Tatsache, dass auch für den Kunden unvorteilhafte AGB hingenommen werden, ist in vielen Fällen einer Kosten-Nutzen-Analyse des Vertragspartners des Klauselverwenders geschuldet.⁷ Ist der Nutzen und somit der Vorteil beziehungsweise Gewinn der Transaktion nur unwesentlich, lohnen sich Zeit und Geld für das Aushandeln der Vertragsbedingungen oder aber das Vorschlagen eigener AGB nicht im Verhältnis zum Nutzen der Transaktion.⁸ Zudem dienen AGB dem Füllen von Lücken, die das kodifizierte Recht, das die Rahmenbedingungen stellt, offen lässt.⁹ Einzelfragen, für die im Interesse einer zügigen Vertragsabwicklung eine klare Regelung erforderlich wäre, werden im kodifizierten Recht nicht behandelt, AGB vermögen diesbezüglich jedoch umfassende Regelungen für ein Rechtsverhältnis zu stellen.¹⁰ Außerdem entwickeln sich durch fortschreitende Spezialisierung und Arbeitsteilung neue Vertragstypen, für die bislang keine kodifizierten Regelungen bestehen.¹¹ AGB können bis zu einer Kodifizierung die gesetzlichen Regelungen für neue Vertragstypen ersetzen beziehungsweise ergänzen und dadurch zur Rechtsfortbildung beitragen.¹² Unternehmen und Unternehmensverbände haben sich so für neu

⁴ Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, Überbl v § 305 BGB, Rn. 4, 5, 6; MüKo / *Basedow*, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff. BGB, Rn. 2 f.; *Ulmer / Habersack*, in: *Ulmer / Brandner / Hensen*, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, Einl. BGB Rn. 4 f.; *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit (2019), S. 291 ff.

⁵ MüKo / *Basedow*, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff. BGB, Rn. 2; *Pfeiffer*, in: *Wolf / Lindacher / Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 1.

⁶ Ebenso MüKo / *Basedow*, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff. BGB, Rn. 2; *Schäfer / Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 426.

⁷ *Kötz*, JuS 2003, 209, 211.

⁸ *Kötz*, JuS 2003, 209, 211.

⁹ MüKo / *Basedow*, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff. BGB, Rn. 2; vgl. so auch allg. zum AGB-Recht – unabhängig von einem speziellen nationalen Recht: *Zweigert / Kötz*, 3. Aufl. 1996, S. 325.

¹⁰ MüKo / *Basedow*, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff. BGB, Rn. 2.

¹¹ MüKo / *Basedow*, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff. BGB, Rn. 2.

¹² Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, Überbl v § 305 BGB, Rn. 5; so ist es bspw. im Leasing- oder Factoringvertragsrecht, bei Bankverträgen, Bauträger-, Vertragshändler-,

entstandene Vertragstypen ihr eigenes „Recht“ in Form von standardisierten AGB entwickelt.¹³ Unternehmen versuchen vielfach auch ihre AGB zu nutzen, um die Vertragsrisiken auf den Vertragspartner in einem unangemessenen Maße abzuwälzen, indem darauf abgezielt wird, der anderen Partei die rechtlichen Risiken der Vertragsdurchführung aufzubürden.¹⁴ Bei dieser Risikoabwälzung durch Abbedingung belastender Regelungen des dispositiven Rechts, werden insbesondere Haftungsausschluss- oder -begrenzungsklauseln durch AGB eingeführt.¹⁵ Dieses Ziel der Risikoabwälzung stellt wohl den wichtigsten Zweck bei der Nutzung von AGB unter den genannten dar.¹⁶

Aufgrund dieser Art der Nutzung von AGB durch Unternehmen in Verträgen bestehen verschiedene Gründe für eine AGB-Kontrolle im deutschen Recht, die auch trotz eines Rechtsfluchtrisikos als Gründe für eine AGB-Kontrolle verbleiben. Das analysierte, bestehende, aber zahlenmäßig eher gering zu vermutende Rechtsfluchtrisiko¹⁷ vermag es nicht, all diese Gründe für eine AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB zu entkräften.

Gründe für eine AGB-Kontrolle sind dabei eine Abwehrfunktion gegen eine einseitige Inanspruchnahme der Gestaltungsmacht, eine Schutzfunktion vor einem Verhandlungsungleichgewicht und Marktmacht, ein partielles Marktversagen, eine Informationsasymmetrie und eine verhandlungspsychologische „Sogwirkung“.

1. Abwehrfunktion gegen einseitige Inanspruchnahme der Gestaltungsmacht

Ein wesentlicher Grund für das Bedürfnis nach einer AGB-Kontrolle ist der Schutz des Vertragspartners vor der einseitigen Inanspruchnahme privatautonomer Vertragsgestaltungsfreiheit.¹⁸ Die Vorschriften der AGB-Kontrolle sollen verhindern, dass dadurch unter Abbedingung des dispositiven Rechts

Mobilfunk- oder Automatenaufstellerverträgen erfolgt. Vgl. MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff. BGB, Rn. 2.

¹³ MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff. BGB, Rn. 2.

¹⁴ MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff. BGB, Rn. 3; *Zweigert / Kötz*, 3. Aufl. 1996, S. 325.

¹⁵ Allgemein zum AGB-Recht losgelöst von einer speziellen Rechtsordnung: *Zweigert / Kötz*, 3. Aufl. 1996, S. 325; siehe ebenso zum Schweizer Recht: *Schwenzer*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 44.02.

¹⁶ Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, Überbl v § 305 BGB, Rn. 6.

¹⁷ Siehe Ausführungen hierzu in Kapitel 3.

¹⁸ Schutzgedanke des AGB-Rechts aktuell erneut hervorgehoben durch BGH, Urt. v. 4.7.2017 – XI ZR 562/15, Rn. 64 bei *Juris* = ZIP 2017, 1610; und bereits: BGH, Urt. v. 19.11.2009 – III ZR 108/08, Rn. 12 ff. = BGHZ 183, 220–227; BGH, Urt. v. 30.6.1994 – VII ZR 116/93, Rn. 23 = BGHZ 126, 326, 332; ebenso: *Staudinger / Coester*, 2013, § 307 BGB, Rn. 4; *Staudinger / Wendland*, 2019, § 307 BGB, Rn. 4; *Leyens / Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 787; Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, Überbl v § 305 BGB, Rn. 8; *Fuchs*, in: *Ulmer / Brandner / Hensen*, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, Vor § 307 BGB Rn. 26.

der Vertragspartner unangemessen benachteiligt wird und ein Missbrauch der Vertragsfreiheit eintritt.¹⁹ Bei der Nutzung von AGB kann der andere Vertragsteil auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen.²⁰ Die Einseitigkeit der Auferlegung der Vertragsbedingungen war Anlass dafür, AGB rechtlich einer anderen Kontrolle als Individualvereinbarungen zu unterziehen.²¹ Vor Formulierungsmacht soll geschützt werden.²² Eine situative Unterlegenheit desjenigen, der von der anderen Seite mit vorformulierten Vertragsbedingungen konfrontiert wird, und ein strukturelles Ungleichgewicht ist auch in der Geschäftswelt, sprich dem B2B-Verkehr, bekannt und anzutreffen.²³ Trotzdem soll das AGB-Recht keine allgemeine Vertragsgerechtigkeit herstellen noch dafür genutzt werden.²⁴ Soweit Vereinbarungen das Ergebnis einer selbstverantwortlichen Prüfung, Abwägung und möglichen Einflussnahme beider Vertragsseiten sind, sollen sie den Beschränkungen der AGB-Kontrolle nicht unterliegen.²⁵

2. Schutzfunktion vor Verhandlungsungleichgewicht und Marktmacht

Zudem erfüllt die AGB-Kontrolle eine individuelle Schutzfunktion, die sich aus der Abwehrfunktion der AGB-Inhaltskontrolle ergibt.²⁶ Diese Schutzfunktion besteht neben der situativ bedingten einseitigen Inanspruchnahme der Gestaltungsfreiheit durch das Vorlegen der Klauseln, als ein Schutz gegen überlegene Marktmacht. Das Freihalten des Rechtsverkehrs von unangemessenen Klauseln kommt insbesondere den Vertragsparteien zugute, die besonders schutzwürdig sind.²⁷ Die AGB-Kontrolle schützt die Vertragsparteien, die AGB-Klauseln im konkreten Konfliktfall bei den Vertragsverhandlungen widerstandslos akzeptieren (müssen) und sich auch nicht gegen unangemessene Klauseln wehren (können).²⁸ Bei einem zu großen Ungleichgewicht von Verhandlungsmacht, das aufgrund von Marktmacht bestehen kann, besteht das Risiko, dass der Marktstärkere die Verhandlungsstrategie eines „take it or

¹⁹ Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, Überbl v § 305 BGB, Rn. 8; BGH, Urt. v. 19.11.2009 – III ZR 108/08, Rn. 13 = BGHZ 183, 220–227; Staudinger / *Coester*, 2013, § 307 BGB, Rn. 3 f.; Staudinger / *Schlosser*, 2013, § 310 BGB, Rn. 2; *Pfeiffer*, in: Wolf / Lindacher / *Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 17.

²⁰ BT-Drs. 7/3919, S. 15 f.; vgl. BGH, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09 = BGHZ 184, 259.

²¹ BGH, Urt. v. 17. 2. 2010 – VIII ZR 67/09 = BGHZ 184, 259; BT-Drs. 7/3919, S. 15.

²² Staudinger / *Schlosser*, 2013, § 310 BGB, Rn. 2.

²³ Staudinger / *Coester*, 2013, § 307 BGB, Rn. 5a; *Schulte-Nölke*, ERPL 2015, 195, 208.

²⁴ *Leyens / Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 788.

²⁵ BT-Drs. 7/3919, S. 17 – noch zu § 1 Abs. 2 AGBG, jetzt: § 305 Abs. 1 S. 3 BGB.

²⁶ Staudinger / *Coester*, 2013, § 307 BGB, Rn. 4.

²⁷ Staudinger / *Coester*, 2013, § 307 BGB, Rn. 4.

²⁸ Staudinger / *Coester*, 2013, § 307 BGB, Rn. 4.

leave it“ nutzt, um die für ihn vorteilhaftesten Vertragsbedingungen durchzusetzen.²⁹ Nur, wer nicht auf die Waren oder Dienstleistungen des potenziellen Vertragspartners angewiesen ist, kann sich wirklich frei entscheiden und am Verhandlungstisch frei agieren.

Im unternehmerischen Rechtsverkehr stehen Unternehmen sowohl auf Anbieter- als auch auf Nachfragerseite teilweise einem marktmächtigen Unternehmen gegenüber, von dem sie in ihrer wirtschaftlichen Existenz abhängig sind.³⁰ Auch im Verhältnis unter Gewerbetreibenden kann häufig ein erhebliches Gefälle an wirtschaftlicher Macht bestehen.³¹ So existieren auch im kaufmännischen Verkehr weite Bereiche, in denen es infolge der wirtschaftlichen Überlegenheit des Verwenders – etwa eines Kaufhauskonzerns im Verhältnis zu seinem Lieferanten oder eines Produzenten im Verhältnis zu seinen Zulieferern – zu einer unangemessenen Benachteiligung des jeweiligen Kunden kommen kann.³² Aus diesem Grund ist im Verkehr unter Kaufleuten nicht ersichtlich, warum die Gültigkeitskontrolle von AGB-Klauseln zum Schutz der „schwächeren“ Vertragspartei nicht auch dort gelten solle.³³

3. Partielles Marktversagen und Informationsasymmetrie

Die Ökonomie sieht den Regelungsgrund der Klauselkontrolle in der Vermeidung eines Marktversagens infolge unüberwindbarer Informationsasymmetrien.³⁴ AGB-Klauseln sind als Wettbewerbsparameter ungeeignet.³⁵ Selbst transparente Klauseln werden nicht zur Kenntnis genommen, weil der Erwartungswert als Anreiz zum Durchlesen der Klauseln hinter den Kosten hierfür zurücksteht.³⁶ Es fehlen aus rechtsökonomischer Sicht die rational überwiegenden Anreize zum Auseinandersetzen mit den Klauselwerken. Selbst bei kurzen und gut verständlichen Klauseln kommt es nicht zu einem erhofften beziehungsweise wünschenswerten Konditionenwettbewerb.³⁷ Der Aufwand für den Vertragspartner des Klauselverwenders im Lesen oder Verhandeln der AGB oder in einem Vergleich mehrerer AGB verschiedener Anbieter stünde oft außer Verhältnis zu dem erreichbaren Nutzen und würde keinen

²⁹ *Towfigh / Petersen*, in: *Towfigh / Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 149 beschreiben ein ähnliches Kräfteverhältnis und Verhandlungsstrategien der Verwaltung gegenüber Politikern: Die Verwaltung dominiere die Verhandlungen über den Haushalt, da sie „take it or leave it“-Angebote machen könne.

³⁰ Siehe so auch: *Schwenger*, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 44.03.

³¹ *Zweigert / Kötz*, 3. Aufl. 1996, S. 337.

³² *MüKo / Wurmnest*, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 80.

³³ *Zweigert / Kötz*, 3. Aufl. 1996, S. 337.

³⁴ *Leyens / Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 772, 782.

³⁵ *MüKo / Basedow*, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff. BGB, Rn. 6, 8.

³⁶ *Leyens / Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 772, 798.

³⁷ *Leyens / Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 772, 798.

rationalen Zeitaufwand darstellen.³⁸ Vertragspartner des AGB-Verwenders orientieren sich in der Konsequenz an Preis und Qualität der Ware und nicht an der „Qualität“ der AGB.³⁹ Da „gute Qualität“, also Klauseln die dem Klauselgegner weitgehende Rechte einräumen, auf dem Markt mithin nicht honoriert wird, führt dies zu einem Absinken der durchschnittlichen Qualität (*adverse selection*/Negativauslese), was gar zu einem Zusammenbruch des einschlägigen Marktes führen kann.⁴⁰ Aufgrund des rationalen Desinteresses (/Apathie) gegenüber der Lektüre oder dem Verhandeln der AGB entsteht ein sogenannter *market for lemons*, bei dem die Kunden die Qualität der Güter (*lemons* als schlechte Qualität) nicht erkennen.⁴¹ Es findet somit kein effizienter Konditionenwettbewerb unter den Anbietern statt.⁴² Es besteht ein Marktversagen einerseits auf der mikroökonomischen Ebene, innerhalb des einzelnen Vertragsverhältnisses, und eines auf der makroökonomischen Ebene.⁴³ Der Wettbewerb ist nicht in der Lage für angemessene AGB zu sorgen, wodurch ein sogenanntes „partielles Marktversagen“ besteht.⁴⁴ Dies gilt sowohl auf Monopol- als auch Konkurrenzmarkten.⁴⁵

In einem funktionierenden Markt werden grundsätzlich Informationsasymmetrien überwunden.⁴⁶ Bei AGB jedoch unterbleibt die Informationsbeschaffung (sog. *screening*) wegen zu hoher Informationskosten und eine Informationsaufdeckung durch die Anbieter (sog. *signalling*) ginge ins Leere.⁴⁷ Für die AGB-Verwender ergibt sich hieraus ein unausweichlicher Anreiz, die Fairness ihrer AGB stets unterhalb des von den Konkurrenten angebotenen Niveaus anzusetzen.⁴⁸ Die anderen Wettbewerber haben bei einem solchen Vorgehen eines Wettbewerbers keine andere Option, als ebenfalls ihre AGB

³⁸ MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff. BGB, Rn. 6; Staudinger / Coester, 2013, § 307 BGB, Rn. 3; Fuchs, in: Ulmer / Brandner / Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, Vor § 307 BGB Rn. 34.

³⁹ Palandt / Grüneberg, 80. Aufl. 2021, Überbl v § 305 BGB, Rn. 6; MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff. BGB, Rn. 6, 8; Eidenmüller, JZ 2009, 641, 650.

⁴⁰ Eidenmüller, JZ 2009, 641, 650.

⁴¹ Der Ausdruck *market for lemons* stammt aus dem Beispiel des U.S.-amerikanischen Gebrauchtwagenmarktes, bei denen die Händler besser erkennen können welche der Gebrauchtwagen von guter und welche von schlechter Qualität – die sog. *lemons* – sind. Siehe hierzu den grundlegenden Artikel von Akerlof, Q. J. Econ. 84 (1970), 488 ff. (489); siehe hierzu auch Kötz, JuS 2003, 209, 212.

⁴² Staudinger / Coester, 2013, § 307 BGB, Rn. 3.

⁴³ Staudinger / Coester, 2013, § 307 BGB, Rn. 4.

⁴⁴ Palandt / Grüneberg, 80. Aufl. 2021, Überbl v § 305 BGB, Rn. 6; MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff. BGB, Rn. 6; Staudinger / Coester, 2013, § 307 BGB, Rn. 4; Pfeiffer, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 15.

⁴⁵ Leyens / Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 782.

⁴⁶ Leyens / Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 783.

⁴⁷ Leyens / Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 783 f.; Wackerbarth, AcP 200 (2000) 45, 70.

⁴⁸ Leyens / Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 784; Kötz, JuS 2003, 209, 213.

zum Nachteil der Kunden und zu ihren eigenen Gunsten anzupassen.⁴⁹ Hierdurch kommt es zu einer systematischen Verschlechterung der Risikoordnung (*race to the bottom*) in AGB.⁵⁰ Wenn Nachfrager auf bestimmte Güter angewiesen sind, können sie sich auch bei schlechter Vertragsgestaltung nicht entziehen.⁵¹ Ein wichtiger Rechtfertigungsgrund für eine AGB-Kontrolle ist eine Vermeidung eines solchen *race to the bottom*. Um einen solchen Effekt zu vermeiden sind Regelungen für Mindeststandards von AGB durch den Gesetzgeber nicht nur gerechtfertigt, sondern vielmehr sogar wünschenswert und erforderlich.⁵²

Bei AGB handelt es sich mithin um ein „Marktversagen“ aufgrund hoher Transaktionskosten, nicht aufgrund der Übermacht eines Verhandlungspartners.⁵³ Der Grund des Marktversagens besteht auch für eine AGB-Kontrolle im B2B-Rechtsverkehr, da nicht die stärkere Verhandlungsposition, sondern die Transaktionskosten der Auslöser eines partiellen Marktversagens sind.⁵⁴ Auch im kaufmännischen Verkehr findet ein Aushandeln von Vertragsbedingungen oftmals aufgrund zu hoher Transaktionskosten nicht statt, sodass auch in unternehmerischen Verträgen eine grundsätzliche Berechtigung der AGB-Kontrolle aufgrund von Informationsasymmetrien besteht.⁵⁵ Ein rationales Desinteresse an der Verhandlung beziehungsweise Auseinandersetzung mit den AGB des Vertragspartners besteht auch im unternehmerischen Verkehr. Selbst dort, wo die unternehmerischen Vertragspartner gleich stark, gleich rechtskundig und gleich geschäftserfahren sind, mithin keine wirtschaftliche oder intellektuelle Unterlegenheit beziehungsweise Machtgefälle besteht, werden AGB der anderen Vertragspartei vielfach zur Zeit- und Kostenersparnis unbesehen hingenommen.⁵⁶ Somit fehlt auch im unternehmerischen Verkehr ein funktionierender Wettbewerb um „gute“ AGB.⁵⁷ Dieser Umstand wird von Unternehmen ausgenutzt, indem sie durch ihre Geschäftsbedingungen die vertraglichen Risiken auf den Kunden abwälzen und darauf spekulieren, dass der Vertragspartner

⁴⁹ Kötz, JuS 2003, 209, 213.

⁵⁰ Leyens / Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 784; Akerlof, Q. J. Econ. 84 (1970), 488, 490.

⁵¹ Leyens / Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 784.

⁵² Siehe auch Kötz, JuS 2003, 209, 213.

⁵³ MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff. BGB, Rn. 7.

⁵⁴ MüKo / Basedow, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff. BGB, Rn. 7 f.

⁵⁵ Leyens / Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 793, 803; MüKo / Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 81; Schwenzler, OR AT, 7. Aufl. 2016, N 44.03; Rühl, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 36; Zweigert / Kötz, 3. Aufl. 1996, S. 326 f.; Schulte-Nölke, ERPL 2015, 195, 205 ff.; Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit (2019), S. 779; grundsätzlich zum Problem der Informationsasymmetrien: Akerlof, Q. J. Econ. 84 (1970), 488, 489 f.

⁵⁶ MüKo / Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB, Rn. 81.

⁵⁷ Rühl, Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht, in: „Mehr Freiheit wagen“ (2018), 33, 36.

sich aus den erwähnten Gründen nicht wehrt.⁵⁸ Die Nichtwahrnehmung einer Verhandlungsoption liegt dabei zwischen Unternehmen häufig nicht in einer wirtschaftlichen Überlegenheit des Vertragspartners, sondern häufig an den hohen Transaktionskosten gegenüber geringem Nutzen solcher Verhandlungen.⁵⁹ Daraus ergibt sich, dass der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle nicht auf den B2C-Verkehr beschränkt sein sollte.

Ein bedeutsames Anliegen der Klauselkontrolle ist demzufolge die Herstellung und Wahrung der Funktionsfähigkeit von Märkten.⁶⁰ Bereits das Reichsgericht setzte für ein Eingreifen der Sittenwidrigkeitskontrolle für Klauselwerke das Ausnutzen einer monopolähnlichen Stellung und die überlegene Marktmacht des Verwenders voraus.⁶¹ Durch die AGB-Kontrolle sollen Nachteile abgewendet werden, die dem Wirtschaftsverkehr durch einen nicht funktionierenden Konditionenwettbewerb drohen.⁶² Der Gesetzgeber will das Marktversagen gesetzlich korrigieren.⁶³ Aus ökonomischer Sicht besteht ein wichtiger Grund für die Forderung nach Vertragsfreiheit darin, dass diese in einem funktionsfähigen Wettbewerbssystem die Ressourcen an den Ort ihrer wertvollsten Verwendung steuert.⁶⁴ Hierbei bilden sich Güterpreise anhand der Gütermengen heraus und Anreize werden vermittelt, neue Produktionsmethoden zu entdecken, Möglichkeiten der Produktivitätssteigerung zu verwirklichen und somit den materiellen Wohlstand einer Gesellschaft anzuheben.⁶⁵ Dabei schaffen faire Verträge, mithin solche unter Ausschluss von Drohung, Täuschung, Preisdiktat, Monopolmacht, ein „produktives Spiel“.⁶⁶

Auch ein alternativer Steuerungsmechanismus über die Reputation eines Unternehmens kommt bei der richterlichen Klauselkontrolle nicht in Betracht.⁶⁷ Ein Reputationsmechanismus versagt häufig und selbst bei Marktteilnehmern, die auf hohe Reputationswerte angewiesen sind (bspw. Banken).⁶⁸ Konsequenz hieraus ist, dass Anreize zur Selbstregulierung unzu-

⁵⁸ *Zweigert / Kötz*, 3. Aufl. 1996, S. 327.

⁵⁹ *Zweigert / Kötz*, 3. Aufl. 1996, S. 327.

⁶⁰ *Leyens / Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 785.

⁶¹ RGZ 62, 264 (266); *Leyens / Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 774.

⁶² Palandt / *Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, Überbl v § 305 BGB, Rn. 8.

⁶³ *MüKo / Basedow*, 8. Aufl. 2019, Vorbem §§ 305 ff. BGB, Rn. 7; *Schulte-Nölke*, ERPL 2015, 195, 208 f.

⁶⁴ *Schäfer / Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 393.

⁶⁵ *Schäfer / Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 393.

⁶⁶ *Schäfer / Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 393.

⁶⁷ *Leyens / Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 772, 802.

⁶⁸ *Leyens / Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 772, 802.

reichend sind, während sehr vertragspartnerunfreundliche AGB kaum oder gar nicht zu spürbaren Nachfrageeinbrüchen oder Preisabschlägen führen.⁶⁹

4. Verhandlungspsychologische Sogwirkung

Als ein weiterer Regelungsgrund für die AGB-Kontrolle wird die sogenannte psychologische Sogwirkung angeführt, die vorformulierte Klauseln auf den Verhandlungsabschluss zwischen Vertragspartnern haben.⁷⁰ Ein bereits bestehendes Klauselwerk führt dazu, dass häufig dieses zur Grundlage der Verhandlungen gegebenfalls nur mit minimalen Änderungen herangezogen wird. Der Vertragspartner des Klauselverwenders unterliegt in der konkreten Abschlussituation des Vertrages leicht einer sogenannten „Scheinautorität des Gedruckten“, sodass er sich hierdurch eher beeinflussen oder leiten lässt.⁷¹ Obwohl er nicht bindend ist, wird ein bereits formulierter, vorgelegter Entwurf des Vertrages oft auch die Vertragsgrundlage.

5. Fazit

Es bestehen verschiedene Gründe für eine AGB-Kontrolle auch in unternehmerischen Verträgen. Diese verbleiben auch, wenn in manchen Handelsverträgen eine Rechtsflucht begangen wird. Will man einer Reihe unternehmerischer Verträge mehr Vertragsfreiheit in der deutschen Rechtsordnung bieten, um gegebenfalls eine Rechtsflucht zu verringern, so besteht die Crux darin, ein praktikables Kriterium herauszuarbeiten, das eine passende Differenzierung zwischen kontrollbedürftigen B2B-Klauselwerken und nicht kontrollbedürftigen Klauselwerken ermöglicht. Wenn eine Differenzierung anhand sinnvoller Kriterien erreicht werden könnte, so könnte eine teilweise Reform erfolgen, bei der eine größere Schnittmenge an Betroffenen des deutschen AGB-Rechts im B2B-Verkehr ihren notwendigen Schutz durch die AGB-Kontrolle behalten würde und andere Marktteilnehmer die von ihnen gewünschte Freiheit erhielten. Ohne ein praktikables Differenzierungskriterium scheint es jedoch nicht tragbar, aufgrund einer Rechtsflucht mancher unternehmerischer Verträge das Niveau der AGB-Kontrolle für alle unternehmerischen Verträge in Deutschland abzusenken.

II. Interesse des Staates an „attraktivem“ AGB-Recht

Welche Anreize bestehen für einen Staat daran, ein für den unternehmerischen Rechtsverkehr „attraktives“ AGB-Recht zu haben? Warum sollte ein

⁶⁹ Leyens / Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 772, 802.

⁷⁰ Kramer, in: Kramer / Probst / Perrig (Hrsg.), Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (2016), Rn. 10.

⁷¹ Staudinger / Coester, 2013, § 307 BGB, Rn. 3; Staudinger / Wendland, 2019, § 307 BGB, Rn. 3.

Rechtsstandort beziehungsweise dessen Vertragsrecht attraktiv für Handelsverträge sein? Im Steuerrecht und Gesellschaftsrecht sind Anreize für einen Staat leichter ersichtlich. Es stellt sich hingegen die Frage, welches Interesse ein Staat daran hat, ein viel gewähltes materielles Vertragsrecht in unternehmerischen Verträgen bereit zu stellen. Seit dem Brexit-Referendum tauchen diverse Artikel auf zur „Chance des Justizstandortes Deutschland aufgrund des Brexits“⁷² und wie sich aus dem Brexit „neue Chancen für die deutsche Justiz ergeben, die schon heute ein leistungsfähiges Angebot vorzeigen kann“⁷³. Warum ein Rechtssystem jedoch einen Ansporn haben sollte, „attraktiv“ sein zu wollen und welche anderen Marktteilnehmer ein Interesse an einem „attraktiven Rechtsstandort“ haben und (daher) ihre Stimme in der Diskussion um ein attraktives Vertragsrecht erheben, wird hier analysiert. Dieser Aspekt der verschiedenen Anreize und der Frage nach dem „warum“ wird in den Beiträgen überwiegend nicht diskutiert. Nachfolgend werden zunächst die Anreize für den Staat herausgearbeitet (Ziff. 1), gefolgt von einem Einblick in die Anreize anderer Diskutanten (Ziff. 2).

1. Anreize aus Sicht des Staates

In den Überlegungen zur „Attraktivität eines Rechtssystem“ und den Warnungen vor der „Flucht in ausländische Rechtsordnungen“ wird vorausgesetzt, dass ein wettbewerbsstarkes Rechtssystem wichtig ist und dass ansonsten Rechtsfluchten erfolgen, die es zu vermeiden gilt. Stillschweigend unterstellt man den Staaten, dass sie den Wunsch haben, die Wahl des eigenen Rechts zu fördern und dessen Abwahl zu verhindern.⁷⁴ Dabei wird doch eigentlich der Wunsch einer „Entlastung der Justiz“ aufgrund überlasteter Gerichte geäußert. Das es gleichzeitig ein Problem darstellen soll, dass die Rechtsordnung nicht attraktiv genug ist, wirkt widersprüchlich.

Daraus ergibt sich die Frage, ob tatsächlich um die Anzahl der Gerichtsverfahren wettgestritten wird oder vielmehr um Verfahren mit hohen Streitwerten, da diese gegebenenfalls finanziellen Gewinn für einen Staat abwerfen. Bestehen möglicherweise andere positive Externalitäten für einen Staat

⁷² Vgl. u.a. *Poseck*, DRiZ 2017, 165; *Altemeier*, AnwBl 2017, 311; *Podszun / Rohner*, BB 2018, 450; *dies.*, ZRP 2019, 190; *Rühl*, EuZW 2016, 761 f.; *Sturm / Schulz*, ZRP 2019, 71; *Pika*, IWRZ 2016, 206; *Requejo*, Brexit: An Opportunity for Frankfurt to become a New Hub of Litigation, 13.3.2017, <<http://conflictoflaws.net/2017/brexit-an-opportunity-for-frankfurt-to-become-a-new-hub-of-litigation-in-europe/>>, Ankündigung einer Konferenz der hessischen Justizministerin anlässlich des Brexits und der in diesem Zusammenhang stehenden Chancen für Frankfurt.

⁷³ *Poseck*, DRiZ 2017, 165; ebenfalls hebt der DAV in einer Tagungsankündigung zum Wirtschaftsrecht anlässlich des Brexits die Vorteile des Rechtsstandortes Deutschland hervor: *Altemeier*, AnwBl 2017, 311.

⁷⁴ Siehe zu dieser Überlegung auch *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 31.

durch die Verfahren, die diesen dazu anreizen und den Willen hervorrufen, ein „attraktives“ Vertragsrecht bereitstellen zu wollen? Solche positiven, externen Anreize außerhalb des Gegenstandes selbst könnten Arbeitsplätze, Steuereinnahmen oder eine Expansion des heimischen Rechtsberatungsgeschäfts sein.⁷⁵ Ob für Staaten Anreize bestehen, an einem Wettbewerb der Rechtsordnungen teilzunehmen, ist umstritten.⁷⁶ Vorliegende Arbeit widmet sich der Frage, welche Anreize für den Gesetzgeber zur Teilnahme an einem Wettbewerb um ein attraktives AGB-Recht bestehen. Für Staaten können die Anreize für ein attraktives Rechtssystem monetär sowie nicht monetär sein. Bei der Analyse der staatlichen Interessen wird nachfolgend zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Anreizen differenziert.

a) *Wirtschaftliche Anreize für einen Staat*

Welche finanziellen Anreize bestehen für einen Staat, ein attraktives Vertragsrecht für unternehmerische Verträge zu bieten und was macht es für einen Staat wirtschaftlich lohnenswert, ein „attraktives“ Vertragsrecht zu haben?

Als Hauptgrund für einen Staat, ein für Unternehmen attraktives materielles Recht vorweisen zu können, erscheinen Steuereinnahmen. Diese treten einerseits in Form von Umsatz- und Transaktionssteuern durch Unternehmen im Inland auf und andererseits durch die Einkommenssteuerabgaben aller im Unternehmen beteiligter Arbeitnehmer, sowie durch Rechtsberatung beteiligter Anwälte. Der Gesetzgeber hat ein Interesse daran, dass es der heimischen Rechtsberatungsbranche gut geht.⁷⁷ Der steuerzahlenden Rechtsberatungsbranche geht es wirtschaftlich gut, wenn die Gesetze eines Staates gut im Geschäft sind.⁷⁸ Wird das eigene Recht auf verschiedenen Gebieten weltweit genutzt, bedeutet dies ein Wohlergehen der heimischen Beratungsbranche, bestehend aus insbesondere Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern.⁷⁹ Rechtsanwälte sind mit ihrer beruflichen Ausübung faktisch und rechtlich meist auf eine – oder zumindest wenige – Rechtsordnungen beschränkt.⁸⁰ Nur wenn die Rechtsordnung, für die sie zugelassen sind, viele Verfahren generiert, besteht ausreichend Arbeit und Einkommen für sie. Rechtsanwälte

⁷⁵ *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 31.

⁷⁶ Siehe u. a. kritisch diesbezüglich *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 29.

⁷⁷ *Wagner*, Dispute Resolution as a Product: Competition between Civil Justice Systems, 347, 389 in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013).

⁷⁸ *Eidenmüller*, JZ 2009, 641, 641; *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 30.

⁷⁹ *Eidenmüller*, JZ 2009, 641, 643; *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 30; *Nyarko*, International Review of Law and Economics, 58 (2019), 6–24 = SSRN, 3. Dezember 2018, S. 5 nennt Einnahmen von 2 Milliarden US-Dollar Jahresumsatz, die New Yorker Rechtsanwaltskanzleien allein aus der internationaler Streitbeilegung generieren, was rund 10 % des Jahreseinkommens ausmachen.

einer viel gewählten Rechtsordnung werden zur Beratung bei den Vertragsverhandlungen herangezogen sowie zur Durchführung eines Rechtsstreites vor staatlichen Gerichten oder Schiedstribunalen.⁸¹ Daher hat der Staat ein Interesse daran, dass die eigene Rechtsordnung in unternehmerischen Verträgen viel genutzt wird.

Darüber hinaus hat eine viel beschäftigte einheimische Rechtsberatungsindustrie positive *spill-over*-Effekte für andere lokale Anbieter. Sie schafft weitere Arbeitsplätze in Restaurants, Hotels und der Immobilienbranche (für Büros), wodurch dem Staatshaushalt in Form von Steuerzahlungen weiter beigetragen wird.⁸² Letztlich steigen hierdurch die Steuereinnahmen. Zu einem Wohlergehen der Beratungsbranche folgen somit Steuereinnahmen für den Staat der steuerzahlenden Beratungsbranche.⁸³ In England soll Zahlen des *Ministry of Justice* zufolge die Rechtsberatungsbranche 1,3 % des Bruttoinlandsproduktes (entsprechen £ 19,3 Mrd.) im Jahr 2010 erworben haben.⁸⁴ Ebenfalls weist der *Final Report* der *New York State Task Force* aus 2011 auf die finanziellen Vorteile und Anreize hin, warum es sich lohnt beziehungsweise erstrebenswert ist, dass New York weiterhin als Zentrum für Internationale Streitbeilegung seine international rangführende Position behält.⁸⁵ So könnte sich bei einem Wachstum des Geschäfts der Streitbeilegung in New York um 10–20 % ein Betrag rund um \$ 200 bis zu \$ 400 Millionen inkrementelle jährliche Umsatzströme für New Yorker Anwaltskanzleien ergeben.⁸⁶ Hierbei sind dem *Final Report* zufolge noch nicht einmal die Mehreinnahmen hierdurch in der Hotel- und Restaurantbranche, von Gerichtsbericht-

⁸⁰ *Wagner*, *Dispute Resolution as a Product: Competition between Civil Justice Systems*, 347, 389 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013).

⁸¹ *Vogenaue*r, ERPL 2013, 13, 30.

⁸² *Vogenaue*r, ERPL 2013, 13, 30; *Wagner*, *Dispute Resolution as a Product: Competition between Civil Justice Systems*, 347, 389 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013).

⁸³ *Eidenmüller*, JZ 2009, 641, 643; *Vogenaue*r, ERPL 2013, 13, 30.

⁸⁴ Bericht des Ministry of Justice, „Justice for Business – Ministry of Justice Supporting Business and Encouraging Growth“, S. 3, <<http://www.justice.gov.uk/downloads/publications/corporate-reports/MoJ/2012/justice-for-business.pdf>>.

⁸⁵ *Final Report of the New York State Bar Association's Task Force on New York Law in International Matters* (2011), S. 3 f., abrufbar unter: <<https://nysba.org/NYSBA/Sections/Dispute%20Resolution/Dispute%20Resolution%20PDFs/Task%20Force%20on%20New%20York%20Law%20in%20International%20Matters.pdf>>.

⁸⁶ *Final Report of the New York State Bar Association's Task Force on New York Law in International Matters* (2011), S. 3, abrufbar unter: <<https://nysba.org/NYSBA/Sections/Dispute%20Resolution/Dispute%20Resolution%20PDFs/Task%20Force%20on%20New%20York%20Law%20in%20International%20Matters.pdf>>.

erstatern, Wirtschaftssachverständigen und ähnlichen Beschäftigungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Streitbeilegung mit einberechnet.⁸⁷

Darüber hinaus wirkt sich eine grenzüberschreitend attraktive Rechtsordnung auf die heimische Realwirtschaft aus: Wenn die eigene rechtliche Infrastruktur in einer fremden Umgebung vertraut ist, ist es für den heimischen Markt leichter, ausländische Märkte zu erobern.⁸⁸ Beispielsweise wäre es für Unternehmen der heimischen Branche in Vertragsverhandlungen mit ausländischen Handelspartnern einfacher, die Heimatrechtsordnung durchzusetzen, wenn diese in dem Markt ohnehin üblich wäre. Gleichfalls wäre es für den Vertrieb heimischer Produkte, beispielsweise für die Kreditvergabe oder der Versicherungs- und Rückversicherungsbranche eines Landes einfacher, ihre Produkte auch auf ausländischen Märkten anzubieten und abzusetzen, wenn die heimische Rechtsordnung und dadurch der rechtliche Rahmen des Produktes bereits im Ausland bekannt und Unternehmen dort vertraut ist. Die Wahl des eigenen Rechts im Ausland kann auch dazu dienen, dass der Staat künftig besser im Zielland investieren kann, Produkte absetzen kann oder neue Betätigungsfelder für die heimische Anwaltschaft erschließen kann.⁸⁹

b) *Nichtwirtschaftliche Anreize für einen Staat*

Dazu könnte aber auch eine zweite Komponente als Anreiz in Form eines justizpolitischen oder aber moralischen Elementes kommen, wenn ein Staat es als höheres Gut einer Gesellschaft ansieht, eine funktionierende Rechtsordnung bereit zu halten. Nichtmonetäre Anreize eines Staates könnten daran bestehen, eine gute Reputation des Staates für sein materielles Recht zu erhalten.

Der Hauptgrund für nichtmonetäre Anreize, dass ein Rechtssystem ein „attraktives“ Vertragsrecht bereitstellen will und danach strebt, eine viel gewählte Rechtsordnung in unternehmerischen Verträgen zu sein, ist Reputation. Ein Gesetzgeber hat Interesse daran, dass die von ihm erlassenen Gesetze Anwendung finden und durchgesetzt werden.⁹⁰ Kein Staat will sich selbst als einen Staat darstellen, der ein kaum angewandtes Rechtssystem für seine Bürger bereithält. Je weniger die nationalen Regelungen in einem Rechtsge-

⁸⁷ Final Report of the New York State Bar Association’s Task Force on New York Law in International Matters (2011), S. 3, abrufbar unter: <<https://nysba.org/NYSBA/Sections/Dispute%20Resolution/Dispute%20Resolution%20PDFs/Task%20Force%20on%20New%20York%20Law%20in%20International%20Matters.pdf>>.

⁸⁸ Eidenmüller, JZ 2009, 641, 643.

⁸⁹ Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 21 – hier zwar zum „Rechtsexport“, was ein anderes Wettbewerbskonstrukt ist, jedoch sind die Anreize für den Wettbewerb um Rechtswahl und Rechtsstandort hier übertragbar und heranziehbar.

⁹⁰ Wagner, Dispute Resolution as a Product: Competition between Civil Justice Systems, 347, 388 in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution (2013).

biet eines Staates genutzt und in der Praxis angewendet werden, desto mehr verliert der Staat in diesem Bereich seine regulatorische Autorität.⁹¹ Daher ist es eine Frage des Aufzeigens von Stärke, wenn die eigene Rechtsordnung viel gewählt und anerkannt ist. Dieses Interesse wollen Reformbefürworter beim Gesetzgeber hervorlocken, wenn sie in ihren Plädoyers auf das Risiko hinweisen, dass

„ausländische Unternehmen sich nicht mit einer weitergehenden Anwendung von AGB-Recht auf Verträge zwischen Unternehmen anfreunden können, [...] sie deutsches Recht nicht vereinbaren [werden] und [...] [das deutsche Recht] [...] international zunehmend bedeutungslos [werden wird].“⁹²

Auch sie wissen um den Willen eines Staates, dass sein eigenes Recht nicht „bedeutungslos“ werden darf. Zudem ist es der innere Sinn eines Gesetzes, dass es so ausgestaltet ist, seine sozialen Ziele effektiv zu erreichen.⁹³ So will das Handelsrecht derart ausgestaltet sein, dass es den Anforderungen der Unternehmen genüge tut.⁹⁴

Daneben besteht ein Interesse des Staates an der Fortentwicklung des eigenen Rechts, was gleichzeitig auch Vorteile für die eigene inländische Industrie mit sich bringt. Eine Funktion der Rechtsprechung ist, das bestehende Recht zu präzisieren, zu erweitern, es in neuen Bereichen zu entwickeln und bestehende Regelungen, wo erforderlich, abzuändern.⁹⁵ Nur wenn die eigene, nationale Rechtsordnung auf die Fälle vor den eigenen, staatlichen Gerichten Anwendung findet, kann dieses nationale Recht fortentwickelt werden. Zudem hat ein Staat das Bedürfnis, seinen inländischen Unternehmen eine attraktive „Heimatjustiz“ zur Verfügung zu stellen.⁹⁶ Internationale Anerkennung und die daraus resultierende Beeinflussung der Fortentwicklung anderer Rechtssysteme sind wichtige Anreize und somit Vorteile für einen Staat, die ihn zur Teilnahme am werbenden Wettbewerb um ein attraktives Vertragsrecht und die Streitbeilegung bewegen.⁹⁷ Das *common law* profitiert beispielsweise sehr von seiner weiten Verbreitung, woraus sich ein Pullfaktor dieser Bekanntheit beziehungsweise Vertrautheit ergibt.⁹⁸ Der Rechtsexport

⁹¹ O'Hara / Ribstein, *The Law Market* (2009), *The Creation of a Law Market*, S. 65, 74.

⁹² So bspw. Lischek / Mahnken, ZIP 2007, 158, 163.

⁹³ Morgan, *Contract law minimalism* (2013), S. 176.

⁹⁴ Morgan, *Contract law minimalism* (2013), S. 176.

⁹⁵ Wagner, *Dispute Resolution as a Product: Competition between Civil Justice Systems*, 347, 353 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013).

⁹⁶ Wagner, *Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb* (2017), S. 65.

⁹⁷ Coester, *Comment on Vogenauer*, 285, 285 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013).

⁹⁸ Coester, *Comment on Vogenauer*, 285, 285 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013); zum Pullfaktor Vertrautheit vertieft s.o. Kapitel 3 – B.II.3.

bringt in der Folge Wettbewerbsvorteile in Fragen der Rechtswahl und des Streitbeilegungsforums in Verträgen.⁹⁹ Beispielsweise profitiert Deutschland von seinem Rechtsexport nach Griechenland, in die Türkei und nach Japan.¹⁰⁰

c) Anreize hinsichtlich des Gerichtsstandortes aus dem Zusammenhang von Rechts- und Forumswahl

Während sich die finanziellen Anreize bezüglich der Rechtswahl vor allem mittelbar, also indirekt, insbesondere über Steuereinnahmen für den Staat ergeben haben, bestehen die finanziellen Anreize bezüglich des Gerichtsstandortes daneben unmittelbarer. Durch den Zusammenhang zwischen Rechts- und Forumswahl¹⁰¹ ergibt sich aus den unmittelbaren Anreizen für den Staat bezüglich der Forumswahl auch eine Auswirkung auf die Anreize für den Staat bezüglich des anwendbaren Rechts.

Zunächst verwundert ein Interesse des Staates daran, sich um mehr Verfahren vor den staatlichen Gerichten zu bemühen. Staatliche Gerichtsverfahren benötigen Steuergelder zur Finanzierung. Gehälter für Richter und Justizangestellte fallen durch Gerichtsverfahren an. Zudem wird teilweise eine Überlastung der Justiz bemängelt.¹⁰² Vor den Kammern für Handelssachen werden hingegen zurückgehende Erledigungszahlen beklagt.¹⁰³ Ausweislich des Berichtes des Statistischen Bundesamtes sind die Fallzahlen vor den staatlichen Gerichten und darunter auch vor den Kammern für Handelssachen absteigend.¹⁰⁴ Man würde meinen, dass mehr Verfahren im Inland mehr Kos-

⁹⁹ Ähnlich auch *Coester*, Comment on Vogenauer, 285, 285 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013).

¹⁰⁰ *Coester*, Comment on Vogenauer, 285, 285 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013).

¹⁰¹ Zu diesem Zusammenhang s.o. Kapitel 3 – D.II.

¹⁰² Wobei tatsächlich vor den deutschen Zivilgerichten im Zeitraum zwischen 2006 bis 2019 die Gesamtzahl der Neuzugänge vor den Amts- und Landgerichten in erster Instanz (abgesehen von vereinzelt Ausreißern) stetig abnahm. Während die Amtsgerichte im Jahr 2006 noch 1.314.738 Neuzugänge verzeichneten, waren es im Jahr 2019 nur noch 927.529. Die Landgerichte in erster Instanz verzeichneten im Jahr 2006 noch 381.014 Neuzugänge und im Jahr 2019 nur noch 354.721. Vgl. „Rechtspflege – Zivilgerichte“ (2019), Fachserie 10, Reihe 2.1, Statistisches Bundesamt, S. 12–13 und 42–43. Gleichfalls nahm in dem Zeitraum von 2013 bis 2019 die Zahl der vor den Amtsgerichten erledigten Zivilsachen stetig ab, vgl. Justiz und Rechtspflege, Vor dem Amtsgericht erledigte Zivilsachen, Statistisches Bundesamt (Destatis), 2021, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/_Grafik/_Interaktiv/erledigte-zivilsachen.html>.

¹⁰³ *Podszun / Rohner*, BB 2018, 450, 450 f.

¹⁰⁴ Stetig sinkende Fallzahlen speziell der Kammern für Handelssachen kann man der Publikation des Statistischen Bundesamtes aus 2019 im Bereich Gerichte entnehmen. Der Bericht betrachtet Fallzahlen aus den Jahren 2006–2019. Bei den Landgerichten in erster Instanz betrug die Anzahl der erledigten Verfahren bei den Kammern für Handelssachen im Jahr 2006 noch 47.953 Verfahren. Im Jahr 2019 waren es nur noch 23.836 Verfahren.

ten für den Steuerzahler für die Finanzierung der staatlichen Gerichte bedeuten. Soziale Kosten (*social costs*) entstehen durch die finanzielle Unterstützung der Zivilgerichtsbarkeit durch die Staatskasse, wenn die privaten Zahlungen der Streitparteien geringer sind als die Kosten des Verfahrens.¹⁰⁵ So könnte beispielsweise ein Outsourcen der Streitbeilegung zu den Schiedsgerichten einen vermeintlich wünschenswerten Vorteil mit sich bringen, die Schlange der innerstaatlichen Streitverfahren zu verkürzen („shorten the domestic litigation queue“), die Prozessabwicklung zu beschleunigen und staatliche Ausgaben einzusparen.¹⁰⁶

Ob ein attraktiver Rechtsstandort und hohe Fallzahlen wirtschaftlich lohnenswert für ein Rechtssystem sind, hängt jedoch von der Kostenhandhabung und Finanzierung der Gerichtsverfahren ab (*fee based* oder *tax financed system*). In den Kostensystemen, in denen die Kosten nach dem Streitwert berechnet werden, ist es grundsätzlich so, dass die Kosten der Klagen mit hohen Streitwerten die Kosten der Verfahren mit kleinerem Streitwert quersubventionieren.¹⁰⁷ Dies zielt darauf ab, einen breiten Zugang zum Recht zu gewährleisten.¹⁰⁸ Daraus kann sich auch erklären, warum die verschiedenen Staaten in ihren Broschüren für den eigenen Justizstandort insbesondere für ihre Attraktivität für große Handelsstreitigkeiten werben. Hohe Gerichtskosteneinnahmen durch Verfahren mit großen Streitwerten können auf diese Weise die Staatskasse und somit den Steuerzahler entlasten. Internationale Handelsstreitigkeiten haben vergleichsweise hohe Streitwerte.¹⁰⁹ Dies ermöglicht es nationalen Gerichtssystemen durch solche internationalen Verfahren direktes Einkommen zu generieren, wenn Gerichtskosten anhand des Streitwertes

In der Rechtsmittelinstanz bei den Landgerichten vor den Kammern für Handelssachen zählten die erledigten Verfahren im Jahr 2006 noch 319 Verfahren und im Jahr 2019 nur noch 62 Verfahren. Vgl. „Rechtspflege – Zivilgerichte“ (2019), Fachserie 10, Reihe 2.1, Statistisches Bundesamt, S. 42–43.

¹⁰⁵ *Wagner*, *Dispute Resolution as a Product: Competition between Civil Justice Systems*, 347, 381 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013); grundsätzlich zum Problem negativer Externalitäten und *social costs*: *Coase*, *Journal of Law and Economics*, 1960, 1 ff.

¹⁰⁶ *O'Hara O'Connor*, *Jurisdictional Competition for Dispute Resolution: Court versus Arbitration*, 427, 427 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*. Gleichzeitig sind hierbei entstehende Probleme wie weniger veröffentlichte Fälle und weniger Fallzahlen vor den staatlichen Gerichten als negative Externalitäten eines viel genutzten Schiedsverfahrens zu bedenken.

¹⁰⁷ *Wagner*, *Dispute Resolution as a Product: Competition between Civil Justice Systems*, 347, 386 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013).

¹⁰⁸ *Wagner*, *Dispute Resolution as a Product: Competition between Civil Justice Systems*, 347, 386 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013).

¹⁰⁹ *Vogenaier*, *ERPL* 2013, 13, 30.

kalkuliert werden.¹¹⁰ Streitigkeiten mit hohen Streitwerten aus internationalen Handelsverträgen ermöglichen möglicherweise somit dem Gesetzgeber eine Quersubvention seiner staatlichen Justiz in Zivil- und Handelssachen. Auf diese Weise entstehen wohlfahrtsökonomisch positive Effekte durch Steuereinnahmen für die Gesellschaft durch einen attraktiven Gerichtsstandort. In Deutschland sollen die Land- und Oberlandesgerichte den Ländern selbst nach Abzug der Gehälter beachtliche Gewinne erbringen und somit die Ziviljustiz eine erhebliche Einnahmequelle für Deutschland darstellen.¹¹¹ Bei internationalen Verfahren mit hohen Streitwerten ließen sich wohl noch weitere Einnahmen erwarten.¹¹²

Die wirtschaftlichen Anreize für einen Staat an einem attraktiven eigenen Markt für Streitbeilegung zeigen sich auch anhand der Zahlen des Bruttoinlandsproduktes (BIP). Rechtsdienstleistungen werden als Faktor für Dienstleistungsbilanzen und Bruttoinlandsprodukte erkannt.¹¹³ Es wird durch die verschiedenen Jurisdiktionen für ihre eigenen Rechtsprodukte geworben und auf Veränderungen der Nachfrage reagiert.¹¹⁴ Die Anbieter des Produktes „Recht“ sind die Normgeber im materiellen Sinn, worunter im Falle von Richterrecht auch Gerichte zu verstehen sind.¹¹⁵ Die Staaten reagieren auf die Zu- oder Abwahl ihrer „gesetzgeberischen Produkte“ durch eine Veränderung ihres Angebots, sprich durch Gesetzesreformen oder Rechtssprechungswandel.¹¹⁶ Ein solcher Wettbewerb entsteht, wenn politische oder ökonomische Anreize bestehen, die den Aufwand und die Kosten für Wahrnehmung, Interpretation und Veränderung lohnenswert machen.¹¹⁷ Ein attraktiver Streitbeilegungsort zieht internationale Fälle zugunsten nationaler Gerichtsstände und Schiedsorte an, der in der Folge einen Export anwaltlicher und (schieds-)richterlicher Dienstleistungen mit sich bringt.¹¹⁸ Der Rechtsdienstleistungssektor (*legal services sector*) Englands hat im Jahr 2009 £ 23,1 Milliarden, was 1,8 % des Bruttoinlandsproduktes des Vereinigten Königreichs entspricht, und

¹¹⁰ Vogenauer, ERPL 2013, 13, 30.

¹¹¹ Poseck, DRiZ 2017, 165. Poseck nennt als Beispiel diesbezüglich das OLG Frankfurt a.M., welches einen Kostendeckungsgrad für die Zivilverfahren von 200 Prozent im Jahr 2015 aufwies (Poseck ist u. a. Präsident des OLG Frankfurt a.M.).

¹¹² Poseck, DRiZ 2017, 165.

¹¹³ Mankowski, Rechtskultur (2016), S. 503.

¹¹⁴ Eidenmüller, JZ 2009, 641, 641; Mankowski, Rechtskultur (2016), S. 503.

¹¹⁵ Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 11.

¹¹⁶ Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 11.

¹¹⁷ Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 11.

¹¹⁸ Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 89.

£ 3,2 Milliarden an Export darstellt, generiert.¹¹⁹ £ 3,2 Milliarden an Export stellen beinahe dreimal so viele Einnahmen dar, wie ein Jahrzehnt zuvor.¹²⁰ Gesagt wird, dass der Rechtsdienstleistungssektor des Vereinigten Königreichs £ 25,7 Milliarden zur britischen Wirtschaft beiträgt, £ 3,3 Milliarden an jährlichen Exporteinnahmen generiert und dabei zusätzlich die Attraktivitäten Londons als *Financial Centre* stärkt.¹²¹ In Deutschland sind hinsichtlich der Verteilung der Bruttowertschöpfung nach Wirtschaftszweigen lediglich „Unternehmensdienstleistungen“ (19,8 % im Jahr 2018) ersichtlich, nicht jedoch einzelne Zahlen für die Rechtsberatungsbranche ersichtlich.¹²²

Aus justizpolitischer Sicht bedeutet das Abwandern von Verfahren zur privaten Schiedsgerichtsbarkeit einen Verlust von Einnahmen aus lukrativen Wirtschaftsstreitigkeiten für die staatlichen Gerichte.¹²³ Zudem stellt eine zu geringe Auslastung von kleineren Gerichtsstandorten eine Bedrohung durch deren mögliche Schließung dar.¹²⁴ Darüber hinaus verhindert die Geheimhaltung von Schiedssprüchen die Fortentwicklung des Rechts, welche durch sonst veröffentlichte Urteile staatlicher Gerichte möglich ist.¹²⁵

In Deutschland initiierte das BMJV gemeinsam mit Wirtschaftsverbänden, dem DAV sowie anderen juristischen Berufsverbänden ein Bündnis mit dem Titel „Streitbeilegung – made in Germany“.¹²⁶ Ziel des Bündnisses ist es, sich mit der Attraktivität Deutschlands als Standort zur Konfliktbewältigung im internationalen Rechtsverkehr zu beschäftigen und dessen Wettbewerbsstellung noch besser zu positionieren.¹²⁷ Auch der Schiedsstandort Deutschland

¹¹⁹ Ministry of Justice (UK), „Plan for Growth: Promoting the UK’s Legal Service Sector“ (London: Ministry of Justice, 2011), Foreword, abrufbar unter: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/217251/legal-services-action-plan.pdf>.

¹²⁰ Ministry of Justice (UK), „Plan for Growth: Promoting the UK’s Legal Service Sector“ (London: Ministry of Justice, 2011), Foreword.

¹²¹ Siehe bspw. *Sir Peter Gross*, LMCLQ [2018] 222, 222 f.

¹²² *Statistisches Bundesamt*, „Bruttoinlandsprodukt und Wirtschaftswachstum“, Statista 2019, Übersicht „Verteilung der Bruttowertschöpfung in Deutschland nach Wirtschaftszweigen im Jahr 2018“, S. 16.

¹²³ *Fleischer / Danninger*, ZIP 2017, 205, 207.

¹²⁴ *Fleischer / Danninger*, ZIP 2017, 205, 207; *Limpert*, FAZ v. 20.3.2015, S. 4.

¹²⁵ *Fleischer / Danninger*, ZIP 2017, 205, 207; *Limpert*, FAZ v. 20.3.2015, S. 4; *Prütting*, AnwBl 2013, 401, 403; *Wimalasena*, Die Veröffentlichung von Schiedssprüchen als Beitrag zur Normbildung (2016), S. 3 ff.

¹²⁶ Deutscher Anwaltverein, AnwBl. 2017, 874; <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/06142017_Streitbeilegung_made_in_Germany.html> sowie <https://www.bmjv.de/DE/Themen/EuropaUndInternationaleZusammenarbeit/BuendnisDeutschesRecht/BuendnisDeutschesRecht_node.html;jsessionid=3D2A825F1FB8121E625017DC66E7A35E.2_cid289>.

¹²⁷ Deutscher Anwaltverein, AnwBl. 2017, 874. Ein Symposium fand am 13. Juni 2017 statt, bei der sich auch der damalig amtierende, ehemalige Bundesminister der Justiz und

wird durch die gemeinsame Kampagne des BMJV und der DIS „Choosing Germany as a Seat for Your International Arbitration“ beworben, um die Vorzüge des Schiedsortes Deutschlands international bekannter zu machen.¹²⁸ Die Attraktivität des deutschen Gerichtsstandortes und die Einführung von Kammern für internationale Handelssachen mit englischer Gerichtssprache wurden auch auf dem 70. Juristentag 2014 thematisiert.¹²⁹

Daneben sind die monetären Anreize für private Schiedsinstitutionen, bei denen die Vorteile beträchtlich sein können, noch deutlicher ersichtlich. Umsatzvolumen und Prestige sind hierbei wichtige Güter, um welche beim Wettbewerb der Schiedsstandorte gebuhlt wird.¹³⁰ Beispielsweise erwirtschaftet eine Streitigkeit vor der ICC mit einem Streitwert von US\$ 20.000.000 Verbindlichkeiten von rund US\$ 1.000.000 je Partei für Verwaltungskosten und Vergütungen der Schiedsrichter.¹³¹ Ebenfalls erwirtschaften Staaten hierdurch einen höheren Anteil der Gebühren, die Anwälte und Schiedsrichter im Ort des Forums der Streitbeilegung einnehmen.¹³²

Daneben bestehen ebenfalls justizpolitische, nichtmonetäre Anreize bezüglich des Gerichtsstandortes. Es liegt im Interesse der Staaten und der einheimischen Rechtsanwälte, über einen zuverlässigen örtlichen Gerichtsstandort für die Streitbeilegung zu verfügen.¹³³ Der Staat hat ein Interesse daran, die eigenen Gerichte stark im internationalen Wettbewerb dastehen zu lassen, um die Anwendung, Konkretisierung und Fortbildung des eigenen Rechts durch seine eigenen kompetenten Gerichte sicherzustellen.¹³⁴ Wird vor den heimatischen Gerichten ausländisches Recht analysiert, ist das nicht nur eine kostspielige Angelegenheit, sondern erzeugt dies auch keine neuen Präzedenzfälle

für Verbraucherschutz, Heiko Maas, für ein Bewerben des Rechtsstandortes Deutschlands aussprach. Vgl. <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/06142017_Streitbeilegung_made_in_Germany.html>.

¹²⁸ Hinweis auf die Kampagne in: <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2017/06132017_Buendnis_fuer_das_deutsche_Recht.html> (zuletzt verfügbar am 20.8.2020). Hinweis auf Unterstützung des Bündnisses für das deutsche Recht durch die Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) abrufbar unter: <https://www.bmjv.de/DE/Themen/EuropaUndInternationaleZusammenarbeit/BuendnisDeutschesRecht/BuendnisDeutschesRecht_node.html>.

¹²⁹ Beschlüsse des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014, S. 5.

¹³⁰ *Mankowski*, Rechtskultur (2016), S. 416.

¹³¹ ICC Arbitration Cost Calculator unter <<https://www.international-arbitration-attorney.com/icc-arbitration-cost-calculator/>>, bei Angabe von drei Schiedsrichtern ergab die Rechnung bei einem Streitwert von US\$ 20.000.000 „Estimated Total Cost of ICC Arbitration per Party“ von US\$ 993.493.

¹³² *Vogenauer*, ERPL 2013, 13, 70.

¹³³ *O'Hara O'Connor*, Jurisdictional Competition for Dispute Resolution: Court versus Arbitration, 427, 427 in: Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution.

¹³⁴ *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 65.

und Rechtsprechung im materiellen Recht der eigenen Rechtsordnung für die Zukunft.¹³⁵ Die rechtsfortbildende Funktion der Gerichte schafft positive Externalitäten zugunsten der zukünftigen Wohlfahrt der Gesamtgesellschaft.¹³⁶ Durch sie ist es möglich, zukünftige, ähnlich gelagerte Rechtstreitigkeiten, vergleichbar zu entscheiden und schafft somit vorausschauend einen Nutzen und Wert für die Gesamtgesellschaft. Nur die staatliche Justiz mit ihrer Transparenz sichert die ordnende Funktion des Rechts und seine Fortentwicklung.¹³⁷ Eine effiziente, funktionierende und attraktive Wirtschaftsgerichtsbarkeit ist ein wichtiger Standortfaktor.¹³⁸ Attraktive Gerichtsstandorte ziehen Dienstleister an und erleichtern Unternehmen die Investitionsentscheidung an einem Standort.¹³⁹ Zudem steigt die Praxisexpertise der Richterinnen und Richter bezüglich wirtschaftsrechtlicher Streitigkeiten, je mehr wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten mit hohen Streitwerten vor die staatlichen Gerichte gelangen.¹⁴⁰ Je mehr Verfahren aus dem internationalen Wirtschaftsrecht vor Schiedsgerichten verhandelt werden, desto weniger Verfahren sind öffentlich und desto weniger Präjudizien gibt es, die Vorhersehbarkeit der Entscheidung und Rechtssicherheit vermitteln würden.¹⁴¹

d) Fazit zu den Anreizen aus Sicht des Staates

Es bestehen teilweise Anreize für Staaten, in die erforderlichen Ressourcen für eine Optimierung des Vertragsrechts zu investieren. Diese setzen sich aus monetären und nichtmonetären Anreizen zusammen. Ob diese Anreize ausreichend sind, um einen Wettbewerb im Vertragsrecht hervorzurufen, ist fraglich.¹⁴² Dies unterscheidet die Staaten als Anbieter des Vertragsrechts von Anbietern sonstiger Produkte, die in einem Wettbewerb stehen. Vergleichen Autoren den Wettbewerb der Rechtsordnungen auf der Ebene des Vertragsrechts mit dem Wettbewerb auf dem Produktmarkt, so übersehen sie die unterschiedliche Anreizsituation. Bei einem Produktwettbewerb besteht ein klarer monetärer Anreiz – die finanziellen Gewinnchancen durch hohe Verkaufszahlen am Absatzmarkt –, der den Wettbewerbern den Anreiz zum Mitstreiten liefert. Dieser monetäre Anreiz veranlasst die Anbieter auf dem

¹³⁵ O'Hara / Ribstein, *The Law Market* (2009), *The Creation of a Law Market*, S. 65, 71.

¹³⁶ Wagner, *Dispute Resolution as a Product: Competition between Civil Justice Systems*, 347, 353 in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013).

¹³⁷ Poseck, *DRiZ* 2017, 165.

¹³⁸ Podszun / Rohner, *BB* 2018, 450, 453; Hayo / Voigt, *CESifo Economic Studies*, 2014, 490 ff.; *The Law Society, Economic Value of the Legal Services Sector*, 2016.

¹³⁹ Podszun / Rohner, *BB* 2018, 450, 453.

¹⁴⁰ Podszun / Rohner, *BB* 2018, 450, 453.

¹⁴¹ Ebenso Podszun / Rohner, *BB* 2018, 450, 452.

¹⁴² Ebenfalls kritisch diesbezüglich Vogenauer, *ERPL* 2013, 13, 75.

Markt dazu, Transaktionskosten für Information, Innovation und Herstellungsumstellungen ihres Produktes in Kauf zu nehmen. Anders liegt die Gewissheit um die Anreize für Gesetzgeber bei einem „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ auf der Ebene des Vertragsrechts. Hier ist nicht ohne weiteres erkennbar, worin die Anreize für einen Staat liegen, an einem Wettstreit der Rechtsordnungen teilzunehmen. Es bestehen zwar geringe wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Anreize für einen Staat, ein attraktives Vertragsrecht bereit zu halten. Dabei sind jedoch die monetären Anreize direkter mit dem Gerichtsstandort verknüpft, sodass die Bedeutung eines attraktiven materiellen Rechts aus Interesse des Staates vor allem aus der verknüpften Wahl des anwendbaren Rechts und Forums stammt. Nichtmonetäre Anreize bestehen für ein attraktives Forum und materielles Recht gleichermaßen.

2. Anreize anderer Diskutanten

Weitere Teilnehmer an der Diskussion um ein „attraktives“ AGB-Recht beziehungsweise „attraktives“ Vertragsrecht sind deutsche Unternehmen und die rechtsberatende Branche. Auf deren Anreize beziehungsweise Interessen an einem attraktiven nationalen deutschen Vertragsrecht wird eingegangen. Dabei divergieren die Anreize der Unternehmen und der rechtsberatenden Branche in einer Weise, dass ein *principal-agent*-Konflikt in dieser Beziehung besteht.

a) Anreize aus Sicht der Unternehmen

Für Unternehmen ist es vorteilhaft, wenn ihr eigenes Heimatrecht leicht in Vertragsverhandlungen durchsetzbar ist. Kosten und Nachteile, die die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung mit sich bringt, führen dazu, dass sich ein sogenanntes „Heimwärtsstreben“ der Parteien zu ihren eigenen Gerichten und Heimatrechtsordnungen häufig beobachten lässt.¹⁴³ Bei der Wahl der Heimatrechtsordnung können Unternehmen ihre Verträge weiter an den ihnen und ihren Rechtsberatern vertrauten Regelungen orientieren und es entstehen keine extra Transaktionskosten für Übersetzungen, Rechtsrat zum ausländischen Recht und Informationskosten beim Sammeln von Erfahrungswerten mit dem fremden Rechtssystem. Auch haben Unternehmen ein Interesse daran, in ihrer Heimatjurisdiktion im Falle von Vertragsstreitigkeiten zu verfahren. Es bestehen Erfahrungswerte mit den heimatlichen Gerichten und die mit dem Prozess verknüpften Transaktionskosten verbleiben somit ohne Extrakosten in Form von Rechtsrat zum ausländischen Recht und Übersetzungskosten. Je typischer die Wahl einer Rechtsordnung und eines Forums in einer Branche ist, desto leichter wird es einem Unternehmer in den Vertragsver-

¹⁴³ Herausarbeitung dieses unterliegenden Mechanismus bei der unternehmerischen Rechtswahl s.o. Kapitel 3 – D.I.

handlungen fallen, seinen unternehmerischen Vertragspartner zu diesem Recht und Forum überzeugen zu können. Somit besteht für Unternehmen ein Anreiz in einer attraktiven Heimatrechtsordnung darin, dass dies ihnen ermöglicht, in der für sie zeit- und kostengünstigsten Rechtsordnung in ihren Verträgen zu verbleiben. Wenn die Heimatrechtsordnung zudem in der eigenen Branche die typischerweise gewählte Rechtsordnung ist, entstehen weitere Vorteile für die Wahl der eigenen Rechtsordnung in internationalen Handelsverträgen.

b) Anreize aus Sicht der rechtsberatenden Branche

Die Anwaltschaft hat ein eminentes wirtschaftliches Eigeninteresse an der Attraktivität des eigenen Justizstandortes.¹⁴⁴ Die Anwälte¹⁴⁵ selbst profitieren am unmittelbarsten durch Vertragsverhandlungen und Streitbeilegungen davon, wenn die Jurisdiktion, in der sie arbeiten, gefragt ist.¹⁴⁶ Das rechtsberatende Geschäft der Anwaltschaft hängt klar von der Nutzung der Rechtsordnung ab, in der sie praktizieren und zugelassen sind.¹⁴⁷ Je mehr Unternehmen das Recht eines Staates und die staatlichen Gerichte des Staates nutzen, umso mehr profitieren die Rechtsanwälte dieser Rechtsordnung, denn umso mehr potenzielle Mandanten sind für die in diesem Staat zugelassenen Anwälte verfügbar.¹⁴⁸ Die Arbeit eines Anwalts hat den höchsten Wert in der Jurisdiktion, in der seine Expertise liegt.¹⁴⁹ So erfolgt oft Druck durch die Anwaltschaft hinsichtlich Reformen des Justizwesens, um die Qualität der angebotenen Gerichtsdienstleistung, der Prozessordnung und das anwaltliche Berufsrecht auszubessern beziehungsweise zu verändern.¹⁵⁰ Die Attraktion ausländischer Fälle zum eigenen Justizstandort steht einem Export anwaltlicher und richterlicher Dienstleistungen gleich.¹⁵¹ Mit Blick auf die Reformdiskussion des deutschen AGB-Rechts fordert beispielsweise der DAV eine Reform.¹⁵²

¹⁴⁴ *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 62; *O'Hara / Ribstein*, The Law Market (2009), The Creation of a Law Market, S. 65, 74.

¹⁴⁵ In diesem Abschnitt wird nachfolgend vermehrt von Anwälten, Rechtsberatern und Mandanten gesprochen. Gemeint sind Anwälte*innen, Rechtsberater*innen und Mandanten*innen (letzteres nur gender-relevant, soweit es sich um Einzelkaufleute handelt).

¹⁴⁶ *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 177.

¹⁴⁷ *O'Hara / Ribstein*, The Law Market (2009), The Creation of a Law Market, S. 65, 74.

¹⁴⁸ *O'Hara / Ribstein*, The Law Market (2009), The Creation of a Law Market, S. 65, 74 f.; *Triebel*, AnwBl 2008, 305, 305.

¹⁴⁹ *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 177.

¹⁵⁰ *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 62 und 77.

¹⁵¹ *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 62.

¹⁵² Stellungnahme des DAV zum Reformbedarf des AGB-Rechts für den unternehmerischen Rechtsverkehr zur Förderung der Wettbewerbsfähigkeit deutschen Rechts und des Rechtsstandorts Deutschland, August 2015, S. 12.

Die Anwaltschaft ist interessiert daran, möglichst viele Rechtsdienstleistungen im Ausland zu verkaufen.¹⁵³ So könnte die Wettbewerbshaltung der Staaten, die England, Frankreich und Deutschland in ihren Broschüren testiert haben, auch bloß ein Produkt eines sehr starken Lobbyeinflusses der Rechtsberatungsbranche sein, die eine organisierte und informierte Lobbygruppe ist.¹⁵⁴ Der Teil der Rechtsberatungsbranche, der sich in dem Feld internationaler Handelsverträge und dessen Streitbeilegung spezialisiert hat, profitiert vorhersehbar und unmittelbar von einer höheren Nutzung des nationalen Vertragsrechts in internationalen Handelstransaktionen.¹⁵⁵ Anwälte selbst wissen meist am besten, welche Änderungen der Gesetze potenzielle Mandanten anzieht oder abstößt.¹⁵⁶ Ist der Fall in einer internationalen Sozietät gelandet, kann sich das anwaltliche Heimwärtsstreben zu den eigenen Gerichten und zur eigenen Rechtsordnung etwas abmildern, soweit ein hoher Integrationsgrad zwischen den verschiedenen Standorten der Großkanzlei besteht.¹⁵⁷ Je nach den internen Gewinnverteilungsregelungen kann so der Anreiz der Anwälte, heimwärts zu streben, genommen werden und anstelle dessen eine rationalere Lösung dem Mandanten angeraten werden.¹⁵⁸

Zusätzlich haben Anwälte einen erheblichen Vorteil beim Bewerben des Rechtsmarktes gegenüber anderen Interessengruppen die durch den Rechtsmarkt betroffen werden, wie beispielsweise Steuerzahler oder Niedriglohnarbeiter, da Anwälte keine externen Experten benötigen, um für den Rechtsmarkt zu werben.¹⁵⁹ Das erspart den Anwälten hohe Lobbykosten, die andere Gruppen wiederum aufwenden müssen.¹⁶⁰ Auch bestehen bereits Organisationen in Form der Anwaltskammern, durch die die politischen Aktivitäten koordiniert werden können und was mithin die Lobbyarbeit erleichtert.¹⁶¹ Letztlich bestehen auch auf persönlicher Ebene für Anwälte Anreize, sich in Rechtsreformen zu involvieren und Zeit zu investieren, da dieser Arbeit gleichzeitig zu ihrer Professionalität beiträgt und ihr Ansehen erhöht.¹⁶² Zudem hat die Rechtsberatungsbranche einen verhältnismäßig übermäßig großen Einfluss auf den Gesetzgebungsprozess.¹⁶³ Diese Überlegungen bekräftigen die eingangs getätigten Vermutungen, dass manche Stimmen in der Reformdiskussion un-

¹⁵³ *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 62.

¹⁵⁴ *Morgan*, Contract law minimalism (2013), S. 177.

¹⁵⁵ *Vogenaue*r, ERPL 2013, 13, 75.

¹⁵⁶ *O'Hara / Ribstein*, The Law Market (2009), The Creation of a Law Market, S. 65, 77.

¹⁵⁷ *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 81.

¹⁵⁸ *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 81.

¹⁵⁹ *O'Hara / Ribstein*, The Law Market (2009), The Creation of a Law Market, S. 65, 75.

¹⁶⁰ *O'Hara / Ribstein*, The Law Market (2009), The Creation of a Law Market, S. 65, 75.

¹⁶¹ *O'Hara / Ribstein*, The Law Market (2009), The Creation of a Law Market, S. 65, 75 und *dies.*, The Law Market (2009), Policy Arguments, S. 19, 22.

¹⁶² *O'Hara / Ribstein*, The Law Market (2009), The Creation of a Law Market, S. 65, 75.

¹⁶³ *Vogenaue*r, ERPL 2013, 13, 75.

verhältnismäßig „laut“ seien und dadurch den Eindruck erweckten, mehr Interessen zu bündeln, als sie tatsächlich tun. Diese Anreizsituation hinsichtlich des Rechtsmarktes für Anwälte kann letztlich nicht garantieren, dass Anwaltslobbyismus dazu führt, dass die für die Gesellschaft besten Rechtsvorschriften entstehen oder sich durchsetzen.¹⁶⁴ Dies kann Besorgnis hinsichtlich des Erreichens der besten Ergebnisse für die allgemeine gesellschaftliche Wohlfahrt hervorrufen. Nur weil Interessengruppen sich gut organisieren, weist dies nicht zwangsläufig darauf hin, dass diese Gruppen Rechtsschutz oder rechtliche Vorteile verdienen sollten.¹⁶⁵ Die rechtsberatende Branche beteiligte sich in der Broschüren- und Werbeverfassung für die eigene Rechtsordnung, was auch ein Interesse zu eigenen Gunsten nahelegt.¹⁶⁶

c) Principal-agent-Konflikt bei Wettbewerbsanreizen zwischen Mandant und Anwalt

Die Anreize für die Wahl der Rechtsordnung, des Streitbeilegungsforums und des Streitbeilegungsmechanismus sind nicht kongruent zwischen Mandanten und Anwälten. Das führt zu einem *principal-agent*-Konflikt.¹⁶⁷ Anwälte tendieren dazu, ihre Heimatjurisdiktion für die Rechts- und Forumswahl dem Mandanten vorzuschlagen, um dadurch einen Beratungsvorsprung zu erhalten.¹⁶⁸ Der eigene Nutzen eines Anwalts ist es, seine Mandantenbeziehung aufrecht zu erhalten und den Mandanten nicht an Konkurrenten zu verlieren.¹⁶⁹ Grundsätzlich sind Anwälte nur vor ihren heimischen Gerichten zugelassen. Und auch wenn innerhalb der EU eine grenzüberschreitende Rechtsberatung zulässig ist, so können Anwälte trotzdem ohne gesonderte Zulassung nicht vor den ausländischen Gerichten postulieren.¹⁷⁰ Sie unterliegen dadurch einem *Bias*, einer Entscheidungsverzerrung, für ihre Heimatrechtsordnung und loka-

¹⁶⁴ O'Hara / Ribstein, *The Law Market* (2009), *The Creation of a Law Market*, S. 65, 76.

¹⁶⁵ O'Hara / Ribstein, *The Law Market* (2009), *Policy Arguments*, S. 19, 22.

¹⁶⁶ Vgl. die Initiatoren aus den Rechtsordnungen Vereinigtes Königreich, Deutschland und New York. In England waren Eversheds, Norton Rose, Herbert Smiths als Sponsoren beteiligt und andere Rechtsanwaltskanzleien involviert, vgl. Deckblatt und S. 29 der englischen Broschüre. In Deutschland sind die oben genannten Vereinigungen von Anwälten, Notaren, Richtern und der Industrie- und Handelskammer federführend im Projekt gewesen, vgl. S. 31 der deutschen Broschüre.

¹⁶⁷ v. Bar / Mankowski, *IPR II*, 2. Aufl., 2019, § 1, Rn. 83; Wagner, *Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb* (2017), S. 77; Mankowski, in: *FS Schäfer 2008*, 369, 370.

¹⁶⁸ So auch v. Bar / Mankowski, *IPR II*, 2. Aufl., 2019, § 1, Rn. 83; Wagner, *Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb* (2017), S. 78 f.; Mankowski, in: *FS Schäfer 2008*, 369, 370.

¹⁶⁹ Wagner, *Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb* (2017), S. 78; Mankowski, in: *FS Schäfer 2008*, 369, 370.

¹⁷⁰ Wagner, *Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb* (2017), S. 78 f.

len Gerichte.¹⁷¹ Ein solches Heimwärtsstreben der Anwälte besteht selbst dann, wenn die ausländischen Gerichte qualitativ bessere Leistungen anbieten würden zu günstigeren Kosten, als die eigenen Gerichte.¹⁷² Der Erfahrungs- und Wissensvorsprung des Anwalts beeinflusst auch die Entscheidung des Mandanten über Rechts- und Gerichtsstandswahl.¹⁷³ So zeigen die Ergebnisse der *Eisenberg/Miller*-Studie, dass die Rechts- und Forumswahl in Unternehmensverträgen mit dem Ort der Niederlassung des beteiligten Rechtsanwaltes korreliert.¹⁷⁴ Wobei dieser Effekt in großen Firmen durch die In-House-Anwälte abgemildert werden sollte, da diese kein Interesse an dem Recht eines bestimmten Staates haben.¹⁷⁵ Gleiches gilt in internationalen Kanzleien, die ihre Standorte auf verschiedene Staaten verteilt haben.¹⁷⁶

3. Schlussfolgerungen zu Anreizen für ein „attraktives“ AGB-Recht

Verschiedene Anreize für ein attraktives AGB-Recht bestehen für die unterschiedlichen Interessengruppen. Für den Staat liegen die finanziellen Anreize unmittelbar in einem attraktiven Rechtsstandort und nur mittelbar in einer attraktiven Rechtsordnung. Jedoch bestehen gleichermaßen nichtfinanzielle Anreize für einen Staat für eine attraktive materielle Rechtsordnung und ein attraktives Forum. Für Unternehmen bestehen finanzielle Vorteile und eine gestärkte Verhandlungsposition in internationalen Verträgen, wenn die eigene Heimatrechtsordnung attraktiv ist in ihrer Branche. Und letztlich bestehen direkte finanzielle Anreize für die rechtsberatende Branche, wenn die Heimatrechtsordnung und die lokalen Gerichte viel genutzt werden im internationalen Handelsverkehr. Jedoch selbst, wenn eine vorteilhaftere ausländische Rechtsordnung für ein Unternehmen bestehen würde (bspw. bei einer typischerweise in einer Branche genutzten Rechtsordnung), die nicht die Heimatrechtsordnung des Rechtsberaters ist, würde dieser aus eigenem Interesse dazu tendieren, zu seiner Heimatrechtsordnung zu raten, wodurch ein *principal-agent*-Konflikt zwischen Mandant und Anwalt entsteht.

Welche Konsequenzen ergeben sich aus dieser Analyse der Anreize für die Reformfrage des deutschen AGB-Rechts im B2B-Verkehr? Die Analyse ergibt, dass möglicherweise nicht ausreichend hohe Anreize für Staaten an einem „attraktiven“ AGB-Recht beziehungsweise Vertragsrecht bestehen.

¹⁷¹ Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 78 f.

¹⁷² Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 80.

¹⁷³ Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 78.

¹⁷⁴ Eisenberg / Miller, Vanderbilt Law Review [2006], 1975, 1992 (Tabelle 5 zur Korrelation mit der Rechtswahl) und 2005 (Tabelle 12 zur Korrelation mit der Forumswahl); ebenso siehe: O'Hara / Ribstein, The Law Market (2009), The Creation of a Law Market, S. 65, 76.

¹⁷⁵ O'Hara / Ribstein, The Law Market (2009), The Creation of a Law Market, S. 65, 76.

¹⁷⁶ O'Hara / Ribstein, The Law Market (2009), The Creation of a Law Market, S. 65, 76.

Auf staatlicher Seite bestehen nicht ausreichende unmittelbare finanzielle Anreize bezüglich des Vertragsrechts, um Staaten dazu zu veranlassen, um jeden Preis ein stets wettbewerbsfähiges Vertragsrecht zu gestalten. Hingegen bestehen direktere Anreize für einen Staat, insbesondere aus finanziellen Gründen, einen attraktiven Rechtsstandort bereitzustellen. Der Zusammenhang zwischen Rechtswahl und Forumswahl kann daher ein indirektes wirtschaftliches Interesse des Staates an einem attraktiven materiellen Recht hervorrufen. Außerdem bestehen nichtmonetäre Anreize für einen Staat gleichermaßen dafür, ein attraktives Forum und ein attraktives materielles Recht bereitzuhalten. Es besteht mithin kein großes direktes finanzielles Interesse der Staaten an einem attraktiven Vertragsrecht, jedoch aber ein indirektes monetäres Interesse über die Verknüpfung mit dem Gerichtsstandort. Daneben bestehen die nichtmonetären Anreize für beide Faktoren, Recht und Forum. Darüber hinaus hat die Untersuchung der Anreizfaktoren als Konsequenz für die AGB-Reformfrage ergeben, dass bei der Analyse der Diskussion bezüglich einer Reform der §§ 305 ff. BGB die Lobbyarbeit der rechtsberatenden Branche nicht unhinterfragt als objektive Meinungen einfließen darf. Da auch finanzielles Eigeninteresse der einheimischen Rechtsberatungsbranche an einem attraktiven eigenen Vertragsrecht besteht, ist die Werbung für das eigene Vertragsrecht nicht ganz uneigennützig.

C. Sinnvolle Ansatzpunkte einer AGB-Reform im Lichte der Analyseergebnisse zum Rechtsfluchtargument

Wenn der Gesetzgeber aktiv werden würde, welche Ansatzpunkte würden als sinnvoll erscheinen im Lichte der Analyseergebnisse dieser Arbeit? Die Analyseergebnisse, die das AGB-Recht als einen unter vielen Faktoren zeigen, legen nahe, dass es zweckdienlich erscheint, nicht allein das AGB-Recht zu reformieren. Dies würde keinen starken Wandel hinsichtlich der Wahl des deutschen Rechts als auf den Vertrag anwendbares Recht in internationalen Handelsverträgen mit sich bringen. Wenn sich der Gesetzgeber beteiligt, dann ist eine Reform beziehungsweise eine Liberalisierung des AGB-Rechts nur in Kombination mit anderen Aspekten, die den Rechtsstandort beeinflussen, zweckmäßig. Wie ein solches Reformpaket aussehen könnte, wird nachfolgend erörtert. Verschiedene Ideen erscheinen fundiert. Es könnte an den Erlass eines Reformpaketes betreffend das AGB-Recht und eine Einführung von Kammern für internationale Handelssachen gedacht werden (Ziff. I); alternativ könnte der Gesetzgeber bei den verschiedenen Anreizfaktoren, die Unternehmen in ihrer Rechtswahl in Handelsverträgen beeinflussen, ansetzen (Ziff. II). Daneben kann über unterschiedliche Optionen einer Differenzierung innerhalb der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr nachgedacht wer-

den, die anhand der Unternehmensgröße und des Umsatzes erfolgen könnte (Ziff. III), anhand der Unterscheidung zwischen nationalen und internationalen Verträgen (Ziff. IV) oder anhand einer Kombination dieser Differenzierungskriterien der Unternehmensgröße und der Internationalität des Vertrages (Ziff. V). Welche weiteren Ansatzpunkte für den deutschen Gesetzgeber denkbar wären und welche Optionen dieser hätte, wenn er eine AGB-Kontrolle nach deutscher Lesart für deutsche Unternehmen erzwingen wollte, wird abschließend in diesem Abschnitt erörtert (Ziff. VI).

I. Reformpaket: AGB-Recht und Einführung von Kammern für internationale Handelssachen

Die Analyse hat ergeben, dass verschiedene Faktoren des Zivilprozessrechts die unternehmerische Rechtswahl beeinflussen. Hierzu gehören die „englische Sprache/Vielsprachigkeit“, das „Forum“ inklusive des forumverbundenen Faktors der „Qualität und Erfahrung der Richter und Gerichte“, die „Rechtstradition (*Common Law/Civil Law*)“.¹⁷⁷ Als unter diesen Faktoren beeinflussbare Faktoren sind die „englische Sprache/Vielsprachigkeit“ und die „Qualität und Erfahrung der Richter und Gerichte“. Wenn diese Faktoren ein starkes Gewicht in der Rechtswahl für unternehmerische Verträge haben, dann sollten diese auch in Reformbestrebungen berücksichtigt werden. Der Einfluss dieser Faktoren spielt sich jedoch im Zivilprozessrecht ab. Die Bestrebungen des Bundesrates mittels diverser Gesetzesanträge¹⁷⁸ beim Bundestag und die mit dem gleichen Ziel agierende „Justizinitiative Frankfurt 2017“¹⁷⁹ stellen einen wichtigen Schritt in die richtige Richtung dar. Auch der Bundesrat ist der Auffassung, dass die Attraktivität des Gerichtsstandortes Auswirkungen auf die Frage der Rechtswahl hat, da das deutsche Recht kaum gewählt werde, wenn als Gerichtsstand ein ausländisches Forum gewählt werde.¹⁸⁰ Dies stimmt mit dem oben gefundenen zugrundeliegenden Mechanismus der „engen Verknüpfung von Rechtswahl und Forum“ überein.¹⁸¹ Da eine AGB-Reform diese Aspekte des Forums nicht zu verändern vermag,¹⁸² sind diese prozessualen Aspekte bei den Reformüberlegungen zu berücksich-

¹⁷⁷ Zu diesen Faktoren im Detail s.o. Kapitel 3 – B.II.

¹⁷⁸ BR-Drs. 42/10 dazugehöriger Gesetzentwurf BT-Drs. 17/2163; BR-Drs. 93/14 dazugehöriger Gesetzentwurf BT-Drs. 18/1287; BR-Drs. 53/18 dazugehöriger Gesetzentwurf BT-Drs. 19/1717 (vom 18.4.2018).

¹⁷⁹ Zur Initiative: Hess, *The Justice Initiative Frankfurt am Main 2017*, 31.3.2017, <<http://conflictflaws.net/2017/the-justice-initiative-frankfurt-am-main-2017-law-made-in-frankfurt/>>.

¹⁸⁰ BR-Drs. 53/18, S. 5 f.

¹⁸¹ Zur Verknüpfung der Wahl des anwendbaren Rechts und des Forums s.o. Kapitel 3 – D.II.

¹⁸² Zur Auswirkung und Einflussnahmemöglichkeit einer AGB-Reform auf die verschiedenen Faktoren s.o. Kapitel 3 – E.I.

tigen. Somit könnte eine parallele Reform dieser prozessualen Aspekte gemeinsam mit einer AGB-Reform die tatsächlichen Ziele der Reformbefürworter einer AGB-Reform ermöglichen.

Die Einführung von Kammern für internationale Handelssachen würde verschiedene Anreizfaktoren berücksichtigen, die sich im Kapitel 3 dieser Arbeit als bedeutsam herausgestellt haben. Es bestehen bereits Gesetzentwürfe für Kammern für internationale Handelssachen (Ziff. 1). Diese Entwürfe beachten sowohl den Faktor der Spezialisierung der Gerichte (Ziff. 2) als auch die sprachliche Komponente (Ziff. 3).

1. Bereits bestehende Gesetzentwürfe für Kammern für internationale Handelssachen

Es bestehen bereits Gesetzesanträge samt Gesetzentwürfen des Bundesrates für die Einführung von Kammern für internationale Handelssachen, die sowohl die sprachliche Komponente als auch die Komponente der Spezialisierung der Gerichte in Angriff nehmen. Die Anträge setzen sich aus drei Gesetzesanträgen des Bundesrates zusammen, die sich entsprechen und immer wieder neu beim Bundestag eingereicht wurden. Erster Antrag samt Entwurf mit dem Bestreben für die Etablierung von Kammern für internationale Handelssachen in Deutschland stammt aus 2010 durch den Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen und Hamburg zum „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG)“ vom 27.1.2010.¹⁸³ Dieser wollte die Länder dazu ermächtigen, Kammern für internationale Handelssachen einrichten zu können. Es folgte ein erneuter Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen, Hamburg und Niedersachsen im März 2014.¹⁸⁴ Der Antrag entspricht mit Ausnahme einiger redaktioneller Abweichungen dem des Bundesrats aus 2010 (BR-Drs. 42/10, Beschluss).¹⁸⁵ Im März 2018 hat der Bundesrat dann erneut einen „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG)“ der Länder Nordrhein-Westfalen, Bayern, Hamburg, Hessen und Niedersachsen beschlossen und beim Deutschen Bundestag eingebracht.¹⁸⁶ Dieser entspricht,

¹⁸³ Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen und Hamburg zum „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG)“, BR-Drs. 42/10, vom 27.1.2010, S. 1; dazugehöriger Gesetzentwurf BT-Drs. 17/2163.

¹⁸⁴ Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen, Hamburg, Niedersachsen zum „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG)“, BR-Drs. 93/14; dazugehöriger Gesetzentwurf BT-Drs. 18/1287.

¹⁸⁵ BR-Drs. 93/14, S. 1.

¹⁸⁶ Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen, Bayern, Hamburg, Hessen, Niedersachsen zum „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG)“, BR-Drs. 53/18, vom 20.2.2018; dazugehöriger Gesetzentwurf BT-Drs. 19/1717.

wie zuvor der Antrag aus 2014 dem aus 2010 entsprach, nun auch wieder mit Ausnahme einiger redaktioneller Abweichungen dem des Bundesrates aus 2014 (BR-Drs. 93/14, Beschluss).¹⁸⁷ Der Gesetzentwurf aus 2018 liegt dem deutschen Bundestag vor,¹⁸⁸ wurde aber derzeit noch nicht beraten.¹⁸⁹ Der Gesetzentwurf erfährt Bestärkung durch verschiedene Autoren aus Wissenschaft und Praxis.¹⁹⁰ Nach Ansicht *Hoffmanns* komme solchen Kammern insbesondere wichtige Bedeutung für deutsche KMUs zu, da diese so bessere Verhandlungsargumente für eine deutsche Rechtswahl gegenüber internationalen Vertragspartnern hätten.¹⁹¹ Für viele KMUs sei die Schiedsgerichtsbarkeit derzeit aus Kostengründen keine echte Alternative neben der staatlichen Gerichtsbarkeit.¹⁹²

Während der Anträge war die Einführung von Kammern für internationale Handelssachen mit englischer Gerichtssprache auch bereits Thema des 70. Juristentages 2014, der eine solche Einführung überwiegend befürwortete.¹⁹³ Ebenso wurde bei selbigem Anlass dem Vortrag zugestimmt, dass bei den Landgerichten obligatorisch für einen Katalog wichtiger Rechtsgebiete Spezialkammern einzurichten seien, z.B. für Bausachen, Arzthaftungssachen, Kapitalanlagenhaftungssachen, Versicherungsvertragssachen, Softwarevertragssachen etc.¹⁹⁴ Zudem hat der Deutsche Juristentag mehrheitlich beschlossen, dass den Ländern die Einführung von Kammern für internationale Handelssachen mit der Gerichtssprache Englisch ermöglicht werden soll.¹⁹⁵ Wobei das Statuieren von Fortbildungsanforderungen als gesetzliche Voraussetzung für die Verwendung von Richterinnen und Richtern, damit formale

¹⁸⁷ BR-Drs. 53/18, S. 1.

¹⁸⁸ BT-Drs. 19/1717.

¹⁸⁹ Deutscher Bundestag, Basisinformationen über den Vorgang „Gesetz zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG)“, Dokumentations- und Informationssystem (letzter Stand: 30.3.2021).

¹⁹⁰ *Podszun / Rohner*, ZRP 2019, 190 ff.; *Sturm / Schulz*, ZRP 2019, 71, 75; *Hoffmann*, IWRZ 2018, 58 ff.; *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 216 ff.; *Pika*, IWRZ 2016, 206; *Kötz*, AnwBl. 2010, 1, 7.

¹⁹¹ *Hoffmann*, IWRZ 2018, 58, 60.

¹⁹² *Hoffmann*, IWRZ 2018, 58, 59.

¹⁹³ Beschlüsse des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014, S. 5 – Beschluss Nr. 4 zum Prozessrecht. Es stimmten 49 Stimmen für eine Einführung, 19 gegen eine Einführung und 12 Enthaltungen.

¹⁹⁴ Beschluss I.1 des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014 (angenommen mit 62:10:1).

¹⁹⁵ Beschluss I.4 des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014 (angenommen mit 49:19:12).

Spezialisierung und Qualifikation der Richter korrelieren, im selben Juristentag abgelehnt wurde.¹⁹⁶

2. Komponente der Spezialisierung der Gerichte durch Gesetzentwurf

Der Gesetzentwurf für die Einführung von Kammern für internationale Handelssachen¹⁹⁷ will § 93 GVG dahingehend ändern, dass Abs. 2 lautet: „Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung bei den Landgerichten für den Bezirk eines oder mehrerer Landgerichte Kammern für Handelssachen als Kammern für internationale Handelssachen einzurichten.“¹⁹⁸ Die Kammern für internationale Handelssachen sollen für internationale Handelssachen an die Stelle der Kammern für Handelssachen treten (§ 114a-GVG-Entwurf).¹⁹⁹ Zwar gibt es in Deutschland Kammern für Handelssachen mit ihrem Zuständigkeitsbereich gem. § 95 GVG. Jedoch stellen diese trotz einer Spezialisierung auf Handelsstreitigkeiten keinesfalls einen Ersatz für die diskutierten Kammern für internationale Handelssachen dar.

§ 114b S. 1 GVG-E des Gesetzentwurfs bestimmt, dass „Internationale Handelssachen im Sinne dieses Gesetzes [...] Handelssachen gemäß § 95 [sind], die einen internationalen Bezug haben und nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien in englischer Sprache durchgeführt werden sollen.“²⁰⁰ Ein internationaler Bezug stellt dabei eine in englischer Sprache abgefasste vertragliche Vereinbarungen oder Vertragsunterlagen dar, ein Vertragspartner mit Sitz im Ausland oder wenn ausländisches Recht anzuwenden ist.²⁰¹ Somit würden handelsrechtliche Verfahren mit internationalem Bezug vor diesen Kammern landen.

Vorgesehen ist bundesweit nur eine begrenzte Zahl an Kammern für internationale Handelssachen bei den Landgerichten.²⁰² Eine Begrenzung auf ein Landgericht oder nur auf Landgerichte in wirtschaftlichen Ballungszentren wird dabei als sinnvoll erachtet, um die Erfahrungen und Spezialkenntnisse der Richter in internationalen Handelsstreitigkeiten zu fördern.²⁰³ Die Besetzung der Kammern für internationale Handelssachen solle ausweislich des Gesetzesentwurfes ebenso wie die der Besetzung für die Kammern für Han-

¹⁹⁶ Beschlüsse des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014, S. 5 – Beschluss Nr. 5 zum Prozessrecht. Es stimmten 39 Stimmen für eine Statuierung, 39 gegen eine Statuierung und 3 Enthaltungen.

¹⁹⁷ In jüngster Fassung beim Bundestag BT-Drs. 19/1717.

¹⁹⁸ BT-Drs. 19/1717, S. 5.

¹⁹⁹ BT-Drs. 19/1717, S. 5.

²⁰⁰ BT-Drs. 19/1717, S. 5–6.

²⁰¹ BT-Drs. 19/1717, S. 14.

²⁰² BT-Drs. 19/1717, S. 10.

²⁰³ BT-Drs. 19/1717, S. 13.

delssachen erfolgen mithin nach Maßgabe des § 105 GVG.²⁰⁴ Somit sollen auch hier durch die Stellung eines Berufsrichters und zwei ehrenamtlichen Richtern sichergestellt werden, dass juristische Expertise und wirtschaftliche Erfahrung bei den Kammern für Handelssachen vereint präsent sind.²⁰⁵ Als Besonderheit für die Kammern für internationale Handelssachen soll in diesem Zusammenhang darauf geachtet werden, dass die ehrenamtlichen Richter „selbst im internationalen Wirtschaftsverkehr oder einem internationalen Unternehmen tätig sind“.²⁰⁶

3. Sprachliche Komponente des Gesetzentwurfs

Ausweislich des Gesetzentwurfs des Bundestages aus 2018 sollen § 184 GVG zwei Absätze hinzugefügt werden, die lauten:

„(2) Vor den Kammern für internationale Handelssachen und den für Berufungen und Beschwerden gegen Entscheidungen der Kammern für internationale Handelssachen zuständigen Senaten der Oberlandesgerichte wird das Verfahren in englischer Sprache geführt. In diesem Fall sind auch das Protokoll und die Entscheidungen des Gerichts in englischer Sprache abzufassen. [...] Urteils- und Beschlussformeln von in englischer Sprache abgefassten Entscheidungen des Gerichts sind, sofern sie einen vollstreckbaren Inhalt haben, in die deutsche Sprache zu übersetzen. (3) Vor dem Bundesgerichtshof kann in internationalen Handelssachen das Verfahren in englischer Sprache geführt werden. [...]“²⁰⁷

Vor den Kammern für internationale Handelssachen sollen also das Verfahren, die Protokolle und die Gerichtsentscheidungen in englischer Sprache geführt beziehungsweise abgefasst werden können. Ebenfalls sollen Berufung bei den Oberlandesgerichten als zweite Tatsacheninstanz und Revision beim BGH in englischer Sprache möglich sein.²⁰⁸

Bislang ist in Deutschland die Gerichtssprache gem. § 184 S. 1 GVG grundsätzlich deutsch. Es gibt derweil Dolmetschermöglichkeiten gem. der §§ 185–191 GVG und die Option, das Hinzuziehen eines Dolmetschers zu unterlassen und teilweise in fremder Sprache zu verhandeln, wenn die beteiligten Personen sämtlich der fremden Sprache mächtig sind, § 185 Abs. 2 GVG. Dies setzt voraus, dass der Richter, Parteien und ihre Vertreter alle der gesamten Verhandlung folgen können müssen.²⁰⁹ Die Reichweite der Ausnahme des § 185 Abs. 2 GVG ist jedoch begrenzt und gilt nicht für Schriftstücke des Gerichts, die als Entscheidungen oder als Protokoll stets in deutscher Sprache abzufassen sind und auch nicht für Urkunden oder schriftliche

²⁰⁴ BT-Drs. 19/1717, S. 15.

²⁰⁵ BT-Drs. 19/1717, S. 15.

²⁰⁶ BT-Drs. 19/1717, S. 15.

²⁰⁷ BT-Drs. 19/1717, S. 6.

²⁰⁸ BT-Drs. 19/1717, S. 9.

²⁰⁹ MüKoZPO / Zimmermann, 5. Aufl. 2017, § 185 GVG, Rn. 8.

Äußerungen eines Beteiligten – diese sind weiterhin in deutscher Sprache vorzunehmen.²¹⁰

Bis dato gibt es verschiedene Modellprojekte, in denen bereits Englisch als Verhandlungssprache auf Antrag der Parteien möglich ist, jedoch weder die Urteile noch die Schriftsätze in anderen Sprachen als Deutsch zulässig sind. Seit Anfang 2010 läuft ein Modellprojekt der Landgerichte Aachen, Bonn und Köln und des Zivilsenats des OLG Köln auf Grundlage des § 185 Abs. 2 GVG.²¹¹ Zwar erlaubt es § 185 Abs. 2 GVG, unter Zustimmung aller Beteiligten ein Gerichtsverfahren in englischer Sprache durchzuführen, jedoch müssen Urteil und Schriftsätze weiterhin auf Deutsch abgefasst werden.²¹² Wobei die englischsprachigen Kammern bisher wenige Inanspruchnahmen in der Praxis erfahren haben.²¹³ Seit dem 1. Januar 2018 ist es nun auch bei der neu eingerichteten Kammer für internationale Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main möglich, auf Englisch zu verhandeln,²¹⁴ und seit Mai 2018 auch im Landgericht Hamburg in einer neu eingerichteten englischsprachigen Kammer für Zivil- und Handelssachen.²¹⁵ Auch hier finden auf das Verfahren jedoch nach wie vor die §§ 184, 185 GVG Anwendung, sodass Schriftsätze und Urteil auf Deutsch verfasst sein müssen. Die Einführung der englischen Verfahrenssprache wird unter anderem auf den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU und die Chancen der Etablierung eines internationalen Gerichtsstandortes in Frankfurt begründet.²¹⁶ Die ZPO ist ebenso in einer englischen Übersetzung auf der Seite des BMJV zugänglich²¹⁷ und

²¹⁰ MüKoZPO / Zimmermann, 5. Aufl. 2017, § 185 GVG, Rn. 2; vgl. so auch BT-Drs. 19/1717, S. 8.

²¹¹ Mankowski / Hölscher / Gerhardt, in: Rengeling / Middeke / Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 38 Rechtsschutz im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit, Rn. 76; Vogenauer, ERPL 2013, 13, 72; Hoffmann, IWRZ 2018, 58, 58.

²¹² Mankowski / Hölscher / Gerhardt, in: Rengeling / Middeke / Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 38 Rechtsschutz im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit, Rn. 76.

²¹³ Vogenauer, ERPL 2013, 13, 73 – erst zwei Verfahren bis 2013; Hoffmann, IWRZ 2018, 58, 58; Mankowski / Hölscher / Gerhardt, in: Rengeling / Middeke / Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 38 Rechtsschutz im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit, Rn. 76; Pfeiffer, BB 2017, H. 50, I.

²¹⁴ <<https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/ordentliche-gerichte/lgb-frankfurt-m/l-g-frankfurt-m/kammer-f%C3%BCr-internationale-handelssachen>>. Die Kammer ist mit einem Berufsrichter und zwei Laienrichtern, Geschäftsleute, die auf Empfehlung der Industrie- und Handelskammer für einen Zeitraum von 5 Jahren ernannt werden, besetzt.

²¹⁵ <<https://justiz.hamburg.de/pressemitteilungen/10983386/pressemitteilung-2018-04-30-olg-01/>>.

²¹⁶ Pressestelle LG Frankfurt, 18.5.2018, „Landgericht Frankfurt zieht Bilanz“, abrufbar unter: <<https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/node/1421>>.

²¹⁷ <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html>.

mit einem Link auf der Website des LG Frankfurt/a.M. verknüpft. Wobei an der sprachlichen Zugänglichkeit der deutschen Gerichtsseiten und der deutschen Gesetze noch gearbeitet werden kann. Bislang ist nach wie vor grundsätzlich Deutsch die einzig zugelassene Verfahrenssprache vor den deutschen Gerichten, vgl. § 184 S. 1 GVG – mit Ausnahme der Pilotprojekte zu den Kammern für internationale Handelssachen.

Den Unternehmen in Handelsstreitigkeiten die englische Sprache im Verfahren vor deutschen Gerichten zu erlauben, spart Kosten. Kosten würden ansonsten in verschiedenen Verfahrensschritten für die Übersetzung der Dokumente, der Schriftsätze und des Urteils entstehen.²¹⁸ Die Bedeutung der englischen Sprache zeigt sich auch anhand der Tatsache, dass diverse neue Handelsgerichte beziehungsweise Kammern eröffnet wurden oder in der Entwicklung stehen, bei denen die Verfahren in englischer Sprache möglich sind/sein sollen.²¹⁹ Die verschiedenen Gerichte/Gerichtsprojekte nehmen teilweise, wie auch die jüngsten Initiativen in Deutschland²²⁰, für die Einführung internationaler Handelskammern den Brexit als Anlass, ihren Gerichtsstandort als „attraktives“ Forum auf dem europäischen Festland zu etablieren.²²¹ Weiter unterstützen empirische Daten die Bedeutung des Faktors Sprache für das Forum. Der Faktor Sprache wurde für die Auswahl des Streitbeilegungsforums in grenzüberschreitenden Transaktionen in der *Oxford Civil Justice Survey* (2008) als achtwichtigster Faktor unter 23 aufgelisteten Fakto-

²¹⁸ Siehe auch: *Rühl*, „Building Competence in Commercial Law in the Member States“, Study for the JURI Committee (Sept. 2018), S. 8.

²¹⁹ Z.B. ist ein Verfahren auf English möglich vor dem Netherlands Commercial Court seit Februar 2019 (<https://netherlands-commercial-court.com/dispute-resolution.html>), vor dem bis inklusive März 2021 bislang neun Entscheidungen ergangen sind (<<https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/judgments.aspx>>); Pläne zur Errichtung eines International Commercial Court mit englischer Verfahrenssprache bestehen in Frankreich (*Préconisation sur la mise en place à Paris de chambres spécialisées – pour le traitement du contentieux international des affaires*, 3. Mai 2017, <http://www.justice.gouv.fr/publication/Rapport_chambres_internationales.pdf>); in Belgien mit dem „Brussels International Business Court“ (<https://legalnews.be/gerechtig-recht/the-brussels-international-business-court-altius/>). Siehe auch Überblick über diese Entwicklung im *Portland Commercial Courts Report 2019*, S. 3, der anmerkt, dass seit 2017 fünf englischsprachige European Courts angekündigt wurden, obwohl bislang nur zwei eröffnet haben.

²²⁰ Ausdrückliche Verweisung auf den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU bei Etablierung der englischsprachigen Kammer für Handelssachen am LG Frankfurt seit Januar 2018, <<https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/node/1421>>; siehe auch ausdrückliche Verknüpfung zwischen Brexit und den englischsprachigen Projekten in Frankfurt am Main: <<http://conflictoflaws.net/2017/brexit-an-opportunity-for-frankfurt-to-become-a-new-hub-of-litigation-in-europe/>>.

²²¹ Bspw. weist die aktualisierte Fassung des beim Belgischen Parlament eingereichten Entwurfs ausdrücklich auf den Brexit als Anlass für die Reform vor. Vgl. *Projet de Loi, instaurant la Brussels International Business Court* (Belgien), DOC 54 3072/001, 15.5.2018, S. 3 (Résumé).

ren durch die Unternehmen bewertet.²²² In der *BIICL Survey* (2015) tauchte „Sprache“ ebenfalls als Faktor zugunsten der Wahl der englischen Gerichte bei der Wahl des Streitbeilegungsforums auf.²²³

Neben der Verfügbarkeit einer englischen Gerichtssprache ist gleichsam bedeutsam, dass die englischsprachigen Entscheidungen im Internet zugänglich gemacht werden.²²⁴ Darüber hinaus wäre es für eine Rechtsklarheit und Schaffung von Präjudiz wichtig, dass gleichzeitig maßgebliche deutschsprachige Entscheidungen über Verfahren aus dem internationalen Wirtschaftsrecht ins Englische übersetzt werden. Nur so kann Vorhersehbarkeit und Transparenz für internationale Unternehmen bei Verfahren in Deutschland geschaffen werden. Gleiches gilt für die dazugehörige Fachliteratur, die so dann auch englischsprachlich zugänglich sein müsste.²²⁵

4. Fazit

Durch die Einführung von Kammern für internationale Handelssachen würden die verschiedenen Anreizfaktoren „Sprache“, „Vertrautheit“ und „Berechenbarkeit der Entscheidung“ und der mit dem Forum verknüpfte Faktor der „Spezialisierung der Gerichte“ anvisiert. Dies könnte langfristig zur Etablierung einer mehr gewählten Rechtsordnung und eines mehr gewählten Rechtsstandortes führen. Es müssten jedoch dennoch die Lock-in-Effekte zugunsten derzeit favorisierter Rechtsordnungen und Foren überwunden werden, um derzeit wirkende Netzwerk- und Lock-in-Effekte abändern zu können. Aus dem Blickwinkel der Anreizfaktoren und der der unternehmerischen Rechtswahl in B2B-Verträgen zugrundeliegenden Faktoren scheint der Gesetzentwurf ein geeignetes Mittel, um die „Attraktivität“ des Rechtsstandortes Deutschland zu steigern. Eine alleinige Reform des deutschen AGB-Rechts hätte höchstens eine geringe Auswirkung auf die Attraktivität des deutschen Rechts in unternehmerischen Verträgen. Gemeinsam mit einer Reform im Prozessrecht zur Einführung englischsprachiger Kammern für internationale Handelsstreitigkeiten würden jedoch diverse Anreizfaktoren, die Unternehmen in ihrer vertraglichen Rechtswahl beeinflussen, ausge bessert und anvisiert werden. Folglich erscheint nur eine gekoppelte Reform von AGB-Recht und Prozessrecht sinnvoll, um die Ziele der Verminderung des Rechtsfluchtrisikos durch eine Reform erreichen zu können. Somit sind der Gesetzentwurf²²⁶ und die gleichfalls Kammern für internationale Handelssachen mit englischer Verfahrenssprache anstrebende „Justizinitiative Frankfurt am Main 2017“ sehr zu begrüßen. Deren Annahme, dass der Rechtsstandort Deutsch-

²²² Oxford Civil Justice Survey (2008), Frage 33, S. 28.

²²³ BIICL Survey (2015), Q22, S. 50.

²²⁴ Ebenso Hoffmann, IWRZ 2018, 58, 62.

²²⁵ Hoffmann, IWRZ 2018, 58, 62.

²²⁶ In aktuellster Fassung BT-Drs. 19/1717.

land attraktiver wird, wenn spezialisierte Gerichte und die englische Sprache für Verfahren in internationalen Handelsstreitigkeiten zugelassen werden, ist zuzustimmen.

II. Weitere gesetzgeberische Bestrebungen bezüglich anderer Anreizfaktoren

Zudem bestehen gesetzgeberische Überlegungen im Hinblick auf das „Schiedsrecht“ als weiteren Anreizfaktor für die unternehmerische Rechtswahl.²²⁷ Diesbezüglich hat das BMJV eine Kommission von Sachverständigen eingesetzt, die das geltende Recht evaluieren und mögliche Verbesserungen durchdenken soll.²²⁸ Die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) hat neue Schiedsregeln erlassen, die seit 1. März 2018 in Kraft sind (DIS-Schiedsordnung 2018) und deren Originalfassungen nun mehrsprachig – auf Deutsch, Englisch, Koreanisch, Polnisch und Russisch – zur Verfügung stehen.²²⁹ Ziel der Neuerung war, die Regeln erreichbarer und attraktiver für ausländische Parteien und somit für internationale Verträge außerhalb des deutschsprachigen Raumes zugänglicher zu gestalten.²³⁰ Zudem wurde bei der Erstellung der Regeln besonders darauf geachtet, dass diese nicht nur für *civil law*-Jurisdiktionen, sondern auch für *common law*-Anwälte und Unternehmen attraktiv und verständlich sind.²³¹ Trotzdem behält die DIS-Schiedsordnung 2018 bewusst einen *civil law touch*.²³² Auch diese Überlegungen und Prüfung des Schiedsrechts scheinen sinnvoll.

III. Differenzierung anhand der Unternehmensgröße und des Unternehmensumsatzes

Die Analyseergebnisse haben gezeigt, dass nur wenige Unternehmen aufgrund der §§ 305 ff. BGB in ausländische Rechtsordnungen fliehen. Dies erfolgt umso mehr, je größer das Unternehmen und je größer der Unternehmensumsatz. Andere Unternehmen fliehen umso seltener in ausländische Rechtsordnungen, erst recht weniger bei reinen Inlandssachverhalten. Gleichfalls antwortete auch ein beachtlicher Teil der Unternehmen der *Leuschner*-Studie (2014), dass das geltende Recht im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus-

²²⁷ <<https://www.lto.de/recht/justiz/j/justiz-zivilgerichte-handelsrecht-wettbewerb-international-schiedsgerichte/>>.

²²⁸ Aussage ausweislich *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb (2017), S. 148 (*Wagner* beruft sich hierbei auf seine Mitgliedschaft in der Reformkommission); Agenda der Kommission in *Wolff*, SchiedsVZ 2016, 293 ff.

²²⁹ <<https://www.disarb.org/werkzeuge-und-tools/dis-regeln>>.

²³⁰ *Elsing / Shchavelev*, IPRax 2018, 461, 461 f.

²³¹ Anmerkung der Generalsekretärin der DIS, *Dr. Francesca Mazza*, CEAC 10th anniversary, 13.9.2018, Hamburg, Programm abrufbar unter: <<https://www.ceac-arbitration.com/fileadmin/documents/chinas-belt-and-road-initiative/20180907-bri-conference.pdf>>.

²³² *Elsing / Shchavelev*, IPRax 2018, 461, 473.

reichende Möglichkeiten biete, die Haftung vertraglich zu beschränken.²³³ Die Unternehmen waren dabei umso zufriedener mit den geltenden Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten, je kleiner ihre Unternehmensgröße war und umso mehr Unzufriedenheit brachten die befragten Unternehmen zum Ausdruck, je größer sie waren.²³⁴ Eine Abhängigkeit der Unternehmensgröße zur Einschätzung, ob das geltende Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr ausreichend Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten bietet, ist hier erkennbar. Dies legt nahe, dass eine AGB-Reform nur für Teile des unternehmerischen Rechtsverkehrs erfolgen sollte. Eine Differenzierung könnte anhand der Unternehmensgröße und des Unternehmensumsatzes erfolgen.

Weiter stützen die empirischen Daten der *Leuschner*-Studie (2014) eine Differenzierung anhand des Kriteriums der Unternehmensgröße durch eine Frage der Studie, die sich nach der Menge an Zeit, die die Unternehmen bei Vertragsschlüssen, an denen sie als Abnehmer beteiligt sind, auf die Gestaltung beziehungsweise Verhandlung der Vertragsnebenbedingungen verwenden, erkundigte.²³⁵ Die Ergebnisse zeigen beinahe durchgängig, dass je größer das Unternehmen ist, desto mehr Zeit wird in die Verhandlung beziehungsweise Gestaltung der Vertragsnebenbestimmungen investiert. Je mehr Zeit und Kosten für die Verhandlungen durch ein Unternehmen eingesetzt werden können, desto weniger schutzbedürftig ist ein Unternehmen durch eine Kontrolle der Vertragsnebenbestimmungen. Eine AGB-Kontrolle ist mithin weniger erforderlich. Auch dies unterstützt die These, dass eine Differenzierung der AGB-Kontrolle direkt anhand des Kriteriums der Unternehmensgröße eine sinnvolle und überzeugende Lösung ist. Eine Differenzierung anhand der Unternehmensgröße beziehungsweise -umsatz erscheint mithin als ein sinnvoller Ansatzpunkt für eine Reform des deutschen AGB-Rechts. Ein solcher Ansatzpunkt wird bereits teilweise vorgeschlagen (Ziff. 1) und besteht auch schon im niederländischen Recht (Ziff. 2).

²³³ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 282, Frage 34: „Das geltende Recht bietet im unternehmerischen Geschäftsverkehr ausreichende Möglichkeiten, die Haftung vertraglich zu beschränken“.

²³⁴ Unzufrieden („trifft überhaupt nicht zu“ und „trifft eher nicht zu“) mit den Möglichkeiten der Haftungsbeschränkungen im geltenden Recht waren 43,6 % der großen Großunternehmen, 31,5 % der einfachen Großunternehmen, 19,35 % der mittleren Unternehmen, 12,1 % der Kleinunternehmen und 15,8 % der Kleinstunternehmen. *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 9, S. 282, Frage 34.

²³⁵ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, Umfrage 2, Frage 19, S. 245.

1. Bestehende Vorschläge für Differenzierung anhand einer Unterkategorie der KMU

Die Idee, beim Anwendungsbereich und Ausmaß der AGB-Kontrolle anhand der Unternehmensgröße und -umsatz zu differenzieren, besteht in verschiedenen Vorschlägen. Diese erwägen, eine Kategorie der KMU zusätzlich neben Unternehmen und Verbrauchern einzufügen. Beispielsweise wurde im Vorschlag des *Common European Sales Law* (CESL) im Jahr 2011²³⁶ zwischen Verbraucher, Unternehmen und KMUs unterschieden. Die Figur beziehungsweise die Unternehmensgröße des KMU wurde in diesem Entwurf der Kommission genutzt.²³⁷ Der Gedanke der KMUs ist ein Produkt der Europäischen Kommission. Gem. Art. 86 CESL-Vorschlag erstreckt sich die AGB-Kontrolle mit abgeschwächtem Kontrollmaßstab auch auf Unternehmerverträge.²³⁸ Innerhalb des unternehmerischen Bereichs differenziert der Vorschlag der Kommission aber zwischen Großunternehmen und „kleinen oder mittleren Unternehmen“ (KMU).²³⁹

Der Anwendungsbereich des CESL beschränkt sich gem. Art. 7 (1) CESL-Vorschlag auf Fälle in denen der Verkäufer der Waren oder der Lieferant der digitalen Inhalte Unternehmer (*trader* in der englischen Version) und die andere Partei ein Verbraucher oder ein KMU ist.²⁴⁰ Verträge zwischen Großunternehmen sollen nach dem CESL völlig kontrollfrei bleiben.²⁴¹ Das CESL ist somit mitsamt seiner AGB-Inhaltskontrolle nur anwendbar, wenn mindestens eine der Parteien ein KMU ist.²⁴² Die Voraussetzung für die Anwendung des CESL, dass gem. Art. 7 (1) S. 2 CESL-Vorschlag zumindest eine der Parteien ein kleines oder mittleres Unternehmen (KMU) ist (*small or medium-sized enterprise* (SME) in englischer Version) ist, wird weiter in Art. 7 (2) CESL-Vorschlag definiert. Demnach ist für die Zwecke der Verordnung ein KMU ein Unternehmer, der: „(a) weniger als 250 Personen beschäftigt und (b) einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. EUR oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 43 Mio. EUR hat [...]“²⁴³. Vom CESL-Vorschlag erfasst werden

²³⁶ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endgültig 2011/0284 (COD); abrufbar unter: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:de:PDF>>.

²³⁷ Vgl. Art. 7 KOM (2011) 635 endg.

²³⁸ Art. 86 KOM (2011) 635 endg.; siehe auch Staudinger / Coester, 2013, § 307 BGB, Rn. 5b.

²³⁹ Art. 7 KOM (2011) 635 endg.; Staudinger / Coester, 2013, § 307 BGB, Rn. 5b.

²⁴⁰ KOM (2011) 635 endgültig 2011/0284 (COD), S. 11; siehe hierzu auch: Whittaker, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 1-013.

²⁴¹ Staudinger / Coester, 2013, § 307 BGB, Rn. 5b.

²⁴² Art. 7 Abs. 1 KOM (2011) 635 endg.; Staudinger / Coester, 2013, § 307 BGB, Rn. 5b.

²⁴³ Art. 7 (2) CESL-Vorschlag definiert weiter für Fremdwährungen: „[...] beziehungsweise im Falle von KMU, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Drittstaat

sollten ausweislich des Erwägungsgrund (21) des Vorschlags alle Verträge zwischen Unternehmen und Verbrauchern sowie Verträge zwischen Unternehmen, bei denen mindestens eine Partei ein KMU im Sinne der Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen ist.²⁴⁴ Mitgliedstaaten sollte gleichzeitig die Möglichkeit offen gelassen werden, den Anwendungsbereich des CESL auf Verträge zwischen Unternehmen zu erweitern, von denen keines ein KMU ist.²⁴⁵ Gleichzeitig wird die Bedeutung der uneingeschränkten Vertragsfreiheit im unternehmerischen Geschäftsverkehr im CESL-Vorschlag betont.²⁴⁶ Vom persönlichen Anwendungsbereich des CESL-Vorschlags sind somit nicht mit einbezogen Verträge zwischen Privatpersonen und Verträge zwischen Unternehmern, von denen keiner den Status eines KMU hat.²⁴⁷ Grund hierfür sei, dass für eine Regelung dieser Vertragstypen kein nachweisbarer Bedarf bestehe.²⁴⁸ Der CESL-Vorschlag aus 2011 wurde im Dezember 2014 zurückgezogen.²⁴⁹ Er stellt dennoch ein interessantes Regelwerk generell und hinsichtlich der Differenzierung innerhalb der unternehmerischen AGB-Kontrolle einen interessanten Vorschlag dar, in dem die Interessen der verschiedenen Rechtstraditionen insbesondere aus dem Bereich des Vertragsrechts der Mitgliedstaaten vereint wurden.²⁵⁰

Ein weiterer Beitrag zum AGB-Recht von *Müller* schlägt den Ansatzpunkt vor, eine Ausnahme für eine Differenzierung zwischen KMUs und großen Unternehmen in die AGB-Kontrolle einzuführen.²⁵¹ Er will für AGB gegenüber einem Unternehmer eine breitere Definition des Aushandelns in den § 305 Abs. 1 BGB einfügen. Jedoch solle die breitere Definition nicht gegenüber „Kleinstunternehmen, die entsprechend § 267a HGB nicht mehr als 10 Arbeitnehmer haben“, gelten.²⁵² Für eine erleichterte Abgrenzung der Fälle mit Kleinstunternehmen befürwortet *Müller* zudem, dass der Vertragspartner des AGB-Verwenders sich nicht auf seine Eigenschaft als Kleinstunterneh-

oder in einem Mitgliedstaat haben, dessen Währung nicht der Euro ist, einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme, die den genannten Beträgen in der Währung des betreffenden Mitglied- oder Drittstaats entspricht.“

²⁴⁴ Erwägungsgrund (21), KOM(2011) 635 endgültig 2011/0284 (COD), S. 21.

²⁴⁵ Erwägungsgrund (21), KOM(2011) 635 endgültig 2011/0284 (COD), S. 21.

²⁴⁶ Erwägungsgrund (21), KOM(2011) 635 endgültig 2011/0284 (COD), S. 21.

²⁴⁷ Siehe auch KOM(2011) 635 endgültig 2011/0284 (COD), S. 11.

²⁴⁸ KOM(2011) 635 endgültig 2011/0284 (COD), S. 11.

²⁴⁹ Europäische Kommission, Anhang II zur Mitteilung der Kommission, Arbeitsprogramm der Kommission für 2015, 2015 COM(2014), 910 final, S. 13.

²⁵⁰ Vgl. so auch *Whittaker*, in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts* (2018), Rn. 1-013.

²⁵¹ *Müller*, *TranspR* 2018, 276, 282; Für eine Notwendigkeit einer weiteren Differenzierung auch innerhalb des Unternehmerbereichs spricht sich auch *Coester* aus in: *Staudinger / Coester*, 2013, § 307 BGB, Rn. 5b.

²⁵² *Müller*, *TranspR* 2018, 276, 281.

men berufen kann, wenn dies der Verwender nicht erkennen konnte; es obliege dem Verwender, das Kleinstunternehmen zur Erklärung über seine Eigenschaft als Kleinstunternehmen aufzufordern.²⁵³

2. Differenzierung zwischen Unternehmensgrößen im niederländischen AGB-Recht

Im niederländischen Recht differenziert bereits das niederländische Zivilgesetzbuch (*Burgerlijk Wetboek*), der *Dutch Civil Code*, im Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle zwischen den Unternehmensgrößen. Das niederländische Recht unterscheidet bei der AGB-Kontrolle zwischen AGB gegenüber Verbrauchern, gegenüber kleineren Unternehmen und gegenüber großen Unternehmen. Die offene Inhaltskontrolle von AGB des niederländischen Rechts gilt zwar grundsätzlich für Verbraucherverträge und für Verträge im geschäftlichen Verkehr.²⁵⁴ In den Niederlanden erfolgt eine offene Inhaltskontrolle von Klauseln durch die Rechtsprechung anhand der Generalklauseln der guten Sitten, Treu und Glauben und des *ordre public* unter Heranziehung der Umstände bei Vertragsschluss.²⁵⁵ Zudem bestehen seit der Novellierung mit in Kraft treten am 1. Januar 1992²⁵⁶ Vorschriften zum AGB-Recht im *Dutch Civil Code*.²⁵⁷ Abschnitt 6.5.3 „Standard terms and conditions“, Art. 6:231–247 *Dutch Civil Code*, regelt die AGB-Kontrolle des niederländischen Rechts.²⁵⁸ Im Großen und Ganzen ähneln sich die Strukturen des niederländischen und deutschen AGB-Rechts.²⁵⁹ Das niederländische Gesetz definiert dabei in Art. 6:231 lit. a *Dutch Civil Code* AGB als eine oder mehrere Bestimmung(en), die erstellt wurden, um in einer Vielzahl von Verträgen aufgenommen zu werden.²⁶⁰ Eine Partei ist nach niederländischem AGB-Recht, wenn sie die

²⁵³ Müller, TranspR 2018, 276, 282.

²⁵⁴ Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 75; Hartkamp, Chapter 10 – Law of Obligations, in: Introduction to Dutch Law (2016), S. 195.

²⁵⁵ Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 75.

²⁵⁶ Updates of Legislation angegeben unter: <<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>>.

²⁵⁷ Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 75.

²⁵⁸ Hartkamp, Chapter 10 – Law of Obligations, in: Introduction to Dutch Law (2016), S. 195; Gesetz abrufbar unter: <<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>>.

²⁵⁹ Hagedorn/Tervoort, Niederländisches Wirtschaftsrecht (2017), Kapitel III – Vertragsrecht, Rn. 45.

²⁶⁰ Hagedorn/Tervoort, Niederländisches Wirtschaftsrecht (2017), Kapitel III – Vertragsrecht, Rn. 45; Wortlaut der englischen offiziellen Übersetzung: Art. 6:231 lit. a *Dutch Civil Code*: „a. ‘standard terms and conditions’ mean one or more contractual provisions or stipulations, drafted to be included in a number of contracts, with the exception of provisions and stipulations that indicate the essence of the performance under the obligation, as far as these last meant provisions and stipulations have been formulated clear and unambiguous; [...]“

Anwendbarkeit der AGB des Verwenders akzeptiert hat, auch dann an die Vertragsklauseln gebunden, wenn sie diese nicht einzeln zur Kenntnis genommen hat und der AGB-Verwender dies wusste oder hätte wissen können, Art. 6:232 *Dutch Civil Code*.²⁶¹ Verschiedene Klausellisten bestimmen, wann Klauseln wirksam in den Vertrag mit einbezogen werden und welche Klauseln „unreasonably burdensome“ sind, vgl. Artt. 6:233–6:238 *Dutch Civil Code*. Gem. Art. 6:233 lit. a *Dutch Civil Code* ist eine Klausel, die in AGB enthalten ist, unwirksam, wenn sie unter Berücksichtigung der Umstände des Falles unangemessen belastend (*unreasonably burdensome*) für den Vertragspartner ist.²⁶² Der niederländische Gesetzgeber hat sich hierbei einer „Grey list“ und einer „Black list“ der Klauseln bedient, die bestimmen, welche Klauseln immer unangemessen (schwarze Liste) sind und bei welchen Klauseln vermutet wird, dass sie unangemessen belastend sind (graue Liste).²⁶³ Dabei gelten die Klauselverbote der Artt. 6:236–6:238 *Dutch Civil Code*, mithin die der „Black list“ und der „Grey list“, direkt nur für AGB gegenüber Verbrauchern und nicht gegenüber Unternehmern, somit auch nicht in B2B-Verträgen.²⁶⁴ Jedoch haben die Listen eine sogenannte Reflexwirkung auf Verträge zwischen Unternehmen.²⁶⁵ Die schwarze und graue Liste der Klauseln, die gegenüber Verbrauchern gem. Artt. 6:236, 6:237 *Dutch Civil Code* nichtig beziehungsweise problematisch sind, sollen entsprechend eine gewisse Indizwirkung für den unternehmerischen Verkehr in den Niederlanden haben.²⁶⁶

Die niederländischen AGB-Bestimmungen gelten jedoch für den B2B-Verkehr in zwei Fällen nicht: Erstens gelten die Vorschriften im B2B-Verkehr gem. Art. 6:247 Abs. 2 *Dutch Civil Code* nicht, wenn beide Unter-

²⁶¹ Wortlaut des Art. 6:232 *Dutch Civil Code*: „Where the counterparty has accepted the applicability of the user’s standard terms and conditions, he is also bound by them if the user understood or ought to have understood that his counterparty, at the moment on which the contract was entered into (became binding), did not really know the content of these terms and conditions.“; siehe auch *Hartkamp*, Chapter 10 – Law of Obligations, in: *Introduction to Dutch Law* (2016), S. 195; *ders.*, AcP 191, 396, 403.

²⁶² *Hartkamp*, Chapter 10 – Law of Obligations, in: *Introduction to Dutch Law* (2016), S. 195; *Hagedorn / Tervoort*, *Niederländisches Wirtschaftsrecht* (2017), Kapitel III – Vertragsrecht, Rn. 50.

²⁶³ Art. 6:236 *Dutch Civil Code* „Black list“, Art. 6:237 *Dutch Civil Code* „Grey list“. Siehe auch *Hagedorn / Tervoort*, *Niederländisches Wirtschaftsrecht* (2017), Kapitel III – Vertragsrecht, Rn. 51.

²⁶⁴ *Hartkamp*, Chapter 10 – Law of Obligations, in: *Introduction to Dutch Law* (2016), S. 195; *Hagedorn / Tervoort*, *Niederländisches Wirtschaftsrecht* (2017), Kapitel III – Vertragsrecht, Rn. 51.

²⁶⁵ *Hagedorn / Tervoort*, *Niederländisches Wirtschaftsrecht* (2017), Kapitel III – Vertragsrecht, Rn. 51; *Hartkamp*, AcP 191 (1991), 396, 404 spricht sogar von einer möglichen Anwendbarkeit der Regelungen im unternehmerischen Verkehr über die Generalklausel des Art. 6:233 *Dutch Civil Code*.

²⁶⁶ *Pfeiffer*, in: *Wolf / Lindacher / Pfeiffer*, *AGB-Recht*, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 75.

nehmen ihren Sitz außerhalb der Niederlande haben.²⁶⁷ Das gilt ungeachtet der im Vertrag getroffenen Rechtswahl, vgl. Art. 6:247 Abs. 1 a.E. *Dutch Civil Code*.²⁶⁸ Zweitens können sich Unternehmen, die einen bestimmten Umfang überschreiten, sogenannte Großunternehmen, gem. Art. 6:235 *Dutch Civil Code* nicht auf die Anfechtung von AGB berufen.²⁶⁹ Die zweite Konstellation ist die für hier relevante Ausnahme anhand der Unternehmensgröße und des Unternehmensumsatzes.

Großunternehmen bestimmen sich abhängig von Umsatz und Mitarbeiterzahlen, gem. Art. 6:235 Abs. 1 lit. a, b *Dutch Civil Code*. Große Unternehmen in diesem Zusammenhang sind Unternehmen (N.V.²⁷⁰, BV²⁷¹, Genossenschaft oder Versicherungsgesellschaft), die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages ihren Jahresabschluss veröffentlicht haben oder davon freigestellt sind, weil ihre innerhalb der EU niedergelassene Muttergesellschaft ihren Jahresabschluss veröffentlicht hat und sich für die Schulden der Tochtergesellschaft haftbar erklärt hat (a) und nicht zur Veröffentlichung des Jahresabschlusses verpflichtete Rechtspersonen (z.B. Personengesellschaft oder eine öffentliche Körperschaft), wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bei ihr 50 oder mehr Personen beschäftigt sind (b).²⁷² Ab einer bestimmten Unternehmensgröße findet gem. Art. 6:235 Abs. 1 *Dutch Civil Code* demnach die AGB-Kontrolle des niederländischen Rechts keine Anwendung mehr.²⁷³ Folglich können sich Unternehmen, die mehr als 50 Arbeitnehmer beschäftigen oder der Rechnungslegungspflicht unterliegen, nicht auf die Generalklausel der Inhaltskontrolle des niederländischen Rechts berufen.²⁷⁴ Der Hintergrund dieser Regelung ist, dass solche großen Unternehmen selbst genug Möglichkeiten haben, sich gegen unangemessene AGB, wie sie im Gesetz geregelt sind, zur Wehr setzen zu können.²⁷⁵

²⁶⁷ Hartkamp, Chapter 10 – Law of Obligations, in: Introduction to Dutch Law (2016), S. 196; Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 75; Berger, NJW 2010, 465, 467.

²⁶⁸ Zur Ausnahme internationaler Verträge sogleich ausführlicher unter Kapitel 5 – C.IV.

²⁶⁹ Hagedorn/Tervoort, Niederländisches Wirtschaftsrecht (2017), Kapitel III – Vertragsrecht, Rn. 58; Hartkamp, AcP 191 (1991), 396, 403 f. Dies schließt aber die Inhaltskontrolle über den Maßstab von Treu und Glauben nicht aus. Dazu sogleich.

²⁷⁰ N.V./„Naamloze Vennootschap“ als niederländische Rechtsform für eine Aktiengesellschaft.

²⁷¹ BV/„Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid“ als niederländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

²⁷² Hagedorn/Tervoort, Niederländisches Wirtschaftsrecht (2017), Kapitel III – Vertragsrecht, Rn. 58; im Ansatz hierzu siehe auch: Schulte-Nölke, ERPL 2015, 195, 212.

²⁷³ Hartkamp, Chapter 10 – Law of Obligations, in: Introduction to Dutch Law (2016), S. 195.

²⁷⁴ Berger/Kleine, BB 2007, 2137, 2140.

²⁷⁵ Hagedorn/Tervoort, Niederländisches Wirtschaftsrecht (2017), Kapitel III – Vertragsrecht, Rn. 58.

Gemäß Buchstabe a der Vorschrift gilt der Schutz nicht für Unternehmen (rechtliche Personen nach Art. 2:360 *Dutch Civil Code*), die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihren letzten Jahresabschluss veröffentlichen mussten oder auf die vor dieser Zeit Art. 2:403 *Dutch Civil Code* Anwendung fand. Art. 2:403 *Dutch Civil Code* bestimmt die Voraussetzungen unter denen eine rechtliche Person, die Teil einer Gruppe ist, nicht der Pflicht unterliegt, einen Jahresabschluss zu erstellen. Die Pflicht zur Veröffentlichung eines Jahresabschlusses nach niederländischem Recht hängt von der Unternehmensgröße ab.²⁷⁶ Kleinstunternehmen und kleine Unternehmen (*micro and small companies*) unterfallen keiner Veröffentlichungspflicht des Jahresabschlusses.²⁷⁷ Hingegen haben mittelgroße Unternehmen und große Unternehmen (*medium-sized and large companies*) die Pflicht zur Veröffentlichung.²⁷⁸ Die Schwelle eines mittelgroßen Unternehmens ist überschritten ab 20 Millionen Euro Gesamtbetrag der Vermögenswerte (*total value of assets*), ab 40 Millionen Euro Nettoumsatz (*net turnover*) oder ab mehr als 250 Mitarbeitern (*number of employees*).²⁷⁹ Der AGB-Schutz greift gemäß Buchstabe b der Norm nicht für Unternehmen, die mehr als 50 Mitarbeiter zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Handelsregister verzeichnet hatten.

Jedoch können Gerichte auf Grundlage des *bona fides* – den Maßstäben von Redlichkeit und Billigkeit des niederländischen Rechts – die Vorschriften auch auf Unternehmen oberhalb der Grenze des Art. 6:235 Abs. 1 *Dutch Civil Code* anwenden, wenn die Klausel unzumutbar und mithin unakzeptabel ist.²⁸⁰ In einem solchen Fall findet die Klausel gegenüber der anderen Vertragspartei keine Anwendung.²⁸¹ Für die Unternehmen, die sich nicht auf den AGB-rechtlichen Schutz berufen können, gilt somit die von der Rechtsprechung unternommene offene Inhaltskontrolle über den *ordre public*, die guten Sitten und über Treu und Glauben zur Kontrolle missbräuchlicher Klau-

²⁷⁶ Doing Business in the Netherlands, publication 2018, Baker McKenzie, S. 46; s. a. <<https://business.gov.nl/regulation/filing-annual-accounts/>>; <<https://www.kvk.nl/english/filing/what-do-the-financial-statements-comprise/>>.

²⁷⁷ Doing Business in the Netherlands, publication 2018, Baker McKenzie, S. 46.

²⁷⁸ Doing Business in the Netherlands, publication 2018, Baker McKenzie, S. 46.

²⁷⁹ Doing Business in the Netherlands, publication 2018, Baker McKenzie, S. 47; <<https://www.kvk.nl/english/filing/what-do-the-financial-statements-comprise/>>.

²⁸⁰ Hartkamp, Chapter 10 – Law of Obligations, in: Introduction to Dutch Law (2016), S. 195; ders., AcP 191, 396, 404; Hagedorn / Tervoort, Niederländisches Wirtschaftsrecht (2017), Kapitel III – Vertragsrecht, Rn. 58.

²⁸¹ Hagedorn / Tervoort, Niederländisches Wirtschaftsrecht (2017), Kapitel III– Vertragsrecht, Rn. 58.

seln.²⁸² Teilweise wird sogar für große Unternehmen eine Anwendung der Generalklausel des Art. 6:233 *Dutch Civil Code* erwogen.²⁸³

Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken der EU, EU-Richtlinie 2005/29/EG wurde in den Niederlanden in nationales Recht implementiert. Hierbei wurde der Schutz für Verbraucher nicht auf kleine Unternehmen ausgeweitet.²⁸⁴ Die Gesetzesbegründung lässt es offen, ob über das Mittel des *Reflexwerkings* in Einzelfällen der Schutz der Richtlinie auf kleine Unternehmen ausgedehnt werden kann, wenn sich diese in einer vergleichbar schwachen Lage gegenüber einem größeren Unternehmen befinden.²⁸⁵

Somit nimmt die niederländische AGB-Kontrolle internationale Handelsverträge aus der AGB-Kontrolle heraus. Zudem können sich mittelgroße und große Unternehmen nicht auf den Schutz der AGB-Kontrolle berufen. Ist man Vertragspartner anderer großer Unternehmen, so findet der differenzierte Klauselkatalog des niederländischen AGB-Rechts keine Anwendung auf die von einem selbst gestellten Klauseln zugunsten des Vertragspartners.

3. Fazit

Die Differenzierung anhand der Unternehmensgröße und des Unternehmensumsatzes, die im Handelsregister einsehbar sind, wie im niederländischen AGB-Recht, würde eine vorhersehbarere Lösung anhand einsehbarer, klarer Kriterien schaffen. Dies könnte eine Möglichkeit bieten, wie man das deutsche AGB-Recht für große Unternehmen liberalisiert, während KMUs ausreichenden Schutz durch die derzeit geltende AGB-Kontrolle behalten würden.

IV. Differenzierung zwischen nationalen und internationalen Verträgen

Die Analyseergebnisse zeigen, dass deutsche Unternehmen in internationalen Handelsverträgen durch die Wahl eines anderen Vertragsrechts als des deutschen materiellen Rechts, ohne kollisionsrechtliche Grenzen den §§ 305 ff. BGB durch Rechtswahl entkommen können. Demnach wären unternehmerische Vertragsparteien dieser Verträge gänzlich frei, vor dem deutschen AGB-Recht zu fliehen. Zudem haben die Ergebnisse der *Leuschner-Studie* (2014) gezeigt, dass in internationalen Sachverhalten das Interesse, vor den §§ 305 ff. BGB auszuweichen, höher ist als in rein inländischen Sachverhalten.²⁸⁶ Dennoch erfolgt ein Ausweichen selbst hier nicht im großen Maße. Auf die Frage an die 1.220 deutschen Unternehmen, ob es vorkomme, dass

²⁸² Pfeiffer, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 75.

²⁸³ Pfeiffer, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 75; Hartkamp, AcP 191 (1991), 396, 404.

²⁸⁴ Mak, EuCML 2015, 246, 247.

²⁸⁵ Mak, EuCML 2015, 246, 247.

²⁸⁶ S.o. Kapitel 3 – C.IV.2 und 3.

bei Vertragsschlüssen mit ausländischen Vertragspartnern diese die Anwendung deutschen Rechts (als materielles Recht) unter Hinweis auf das deutsche Recht der AGB ablehnten, antworteten 40,5 % der Unternehmen mit einem „nie“.²⁸⁷ Zusätzlich 15,3 % gaben „selten“ an.²⁸⁸ Es verblieben 1,8 %, die „immer“ antworteten, 4,4 % antworteten „meistens“ und 10,7 % gaben „gelegentlich“ auf die Frage als Antwort. 27,4 % konnten die Frage nicht beurteilen. Diesen Daten zufolge veranlassen in einem geringen Teil der grenzüberschreitenden Verträge ausländische Vertragspartner eine Rechtsflucht „aufgrund“ des deutschen AGB-Rechts. Dies ist auch mehr erfolgt als in rein inländischen Verträgen. Bei diesen beantworteten die Frage nach einer ausländischen Rechtswahl als materiell anwendbares Recht, um die Anwendung der deutschen Vorschriften zum Recht der AGB zu vermeiden, 74,76 % der Unternehmen der *Leuschner-Studie* (2014) mit „nie“.²⁸⁹ Auf Grundlage dieser Daten könnte als Ansatzpunkt für eine AGB-Reform eine Differenzierung in der Klauselkontrolle zwischen rein inländischen und internationalen Verträgen angedacht werden.²⁹⁰ Dies könnte eine Flexibilität bei der Festlegung von Haftungsbeschränkungsklauseln für internationale unternehmerische Verträge erlauben und gleichzeitig in inländischen Verträgen ausreichend Schutz für den Vertragspartner des AGB-Verwender bieten.

1. Differenzierung bereits im englischen und niederländischen AGB-Recht

Eine Differenzierung in der AGB-Kontrolle zwischen rein nationalen Verträgen und internationalen Verträgen findet man bereits in ausländischen Rechtsordnungen. Im englischen Vertragsrecht gilt der UCTA 1977. Dieser legt in Art. 26 UCTA 1977 für internationale Warenlieferverträge (*international supply contracts*) gesonderte Maßstäbe fest und nimmt diese aus dem Anwendungsbereich der strengeren Klauselkontrolle von Haftungsbeschränkungen heraus.²⁹¹ Die von den Ausnahmen des Art. 26 UCTA 1977 umfass-

²⁸⁷ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 279, Antworten zu Frage 31 der Umfrage 2: „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?“

²⁸⁸ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 279, Antworten zu Frage 31 der Umfrage 2.

²⁸⁹ *Leuschner / Meyer*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht (BMJV) 2014, S. 278, Antworten zu Frage 30 der Umfrage 2: „Wählen Sie bei inländischen Vertragsschlüssen ausländisches Recht (als materiell anwendbares Recht), um die Anwendung der deutschen Vorschriften zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vermeiden?“

²⁹⁰ Bspw. befürwortet auch *Herber*, *TranspR* 2018, 295, 296, eine Erleichterung der AGB-Kontrolle für internationale B2B-Verträge.

²⁹¹ Siehe hierzu Kapitel 4 – B.III.4.a).

ten Verträge sind in Art. 26 (3) und (4) UCTA 1977 definiert und setzen in allen drei Varianten des Absatzes (4) ein grenzüberschreitendes Element des Vertrages voraus. Der Anwendungsbereich der *international supply contracts* wird dabei in der Rechtsprechung sehr weit gefasst sowohl hinsichtlich des grenzüberschreitenden Elements als auch hinsichtlich der Vertragsart. Zudem schafft Art. 27 (1) UCTA 1977 daneben eine Ausnahme von den Kontrollen des UCTA 1977 für Haftungsbeschränkungsklauseln für Verträge, die nur kraft Rechtswahl dem englischen Recht unterliegen und ansonsten dem Recht eines anderen Staates unterliegen würden. Somit unterscheidet der UCTA 1977 zwischen originär englischen Verträgen und solchen, die nur kraft Rechtswahl dem englischen Recht unterliegen – mithin internationale Verträge sind.²⁹² Einzige Ausnahme hierzu ist eine reine Umgehungsabsicht, vgl. Art. 27 (2) UCTA 1977. Somit schafft das englische Recht eine Ausnahme im Anwendungsbereich der Klauselkontrolle für Haftungsbeschränkungsklauseln für grenzüberschreitende Verträge und solche Verträge, die nur kraft Rechtswahl und nicht originär dem englischen Recht unterliegen. Hierdurch wird ein Anreiz geschaffen, ausländische Verträge unter das englische Recht mit der liberaleren Klauselkontrolle zu stellen und gleichfalls grenzüberschreitende Verträge im englischen Recht zu belassen. Die *Law Commissions* gaben diesbezüglich bereits bei Erlass der Normen 1975 ausdrücklich in ihrem Bericht zu erkennen, dass sie diese Entscheidungen bewusst für eine häufige Rechtswahl des englischen Rechts durch ausländische Unternehmen festlegten:

„The effect of imposing our proposed controls in relation to those contracts might well be to discourage foreign businessmen from agreeing to arbitrate their disputes in England or Scotland. We see no reason why the controls proposed in this report should apply to such contracts [...]“.²⁹³

Ebenso haben die Niederlande durch ihre Lockerung in Art. 6:247 *Dutch Civil Code* eine vergleichbare Regelung vorgesehen, die der AGB-Kontrolle für den internationalen Rechtsverkehr erheblich größere Freiheiten erlaubt.²⁹⁴ Für internationale Verträge zwischen Unternehmen sind durch den niederländischen Gesetzgeber besondere Regelungen über die Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle festgelegt.²⁹⁵ Art. 6:247 *Dutch Civil Code* betrifft innerhalb des Regelungskomplexes der AGB-Kontrolle („Section 6.5.3 Standard terms and conditions“) „Contracts with an international element (cross-border contracts)“. Gem. Art. 6:247 Abs. 1 *Dutch Civil Code* gilt die AGB-Kontrolle

²⁹² Siehe hierzu ausführlich Kapitel 4 – B.III.4.b).

²⁹³ Law Commission Report No. 69/Scottish Law Commission Rep. No. 39, Second Report on Exemption Clauses in Contracts (1975), Rn. 232.

²⁹⁴ So auch *Berger*, NJW 2010, 465, 467.

²⁹⁵ *Hagedorn / Tervoort*, Niederländisches Wirtschaftsrecht (2017), Kapitel III – Vertragsrecht, Rn. 64.

des *Dutch Civil Codes* im B2B-Verkehr, wenn beide Unternehmen ihren Sitz in den Niederlanden haben.²⁹⁶ Das gilt ungeachtet der im Vertrag getroffenen Rechtswahl, vgl. Art. 6:247 Abs. 1 a.E. *Dutch Civil Code*. Der Regelungskomplex des *Dutch Civil Codes* gilt gem. Art. 6:247 Abs. 2 nicht für unternehmerische Verträge, die zwischen Parteien geschlossen wurde, die beide ihren Sitz außerhalb der Niederlande haben.²⁹⁷ Wenn eine Vertragspartei im Ausland niedergelassen ist, brauchen die Unternehmen ihre AGB nicht auf die AGB-Kontrolle des *Dutch Civil Codes* der Artt. 6:231–6:247 abzustimmen, unabhängig vom auf den Vertrag anwendbaren Recht (auch, wenn bspw. niederländisches Recht Anwendung finden würde).²⁹⁸ Doch auch in solchen internationalen unternehmerischen Verträgen bleiben die allgemeinen Regelungen zur Inhaltskontrolle von AGB über die Grundsätze von Redlichkeit und Billigkeit (Art. 6:248 *Dutch Civil Code*) und die Bestimmungen über wiederstreitende AGB (*battle of forms*, Art. 6:225 Abs. 3 *Dutch Civil Code*) anwendbar.²⁹⁹ Für Verbraucherverträge gelten gem. Art. 6:247 Abs. 4 *Dutch Civil Code* – anders als für den B2B-Verkehr – daneben stets die Regelungen der AGB-Kontrolle des *Dutch Civil Codes*.³⁰⁰

2. Fazit

Zusammenfassend wird eine Differenzierung zwischen dem Maßstab der AGB-Kontrolle in England und in den Niederlanden bereits durchgeführt. Diese demzufolge schon genutzten und erprobten Differenzierungsansätze – anhand des Maßstabes eines grenzüberschreitenden Elementes (England) oder anhand des Unternehmenssitzes im Ausland (Niederlande) – zeigen die Möglichkeit und Durchführbarkeit einer solchen Differenzierung in der Praxis.

²⁹⁶ Art. 6:247 Abs. 1 *Dutch Civil Code*: „This Section applies to contracts between parties who both act in the course of their professional practice or business when entering into the contract and who both have their domicile (habitual residence) in the Netherlands, irrespective of the law that is governing their contract.“. Vgl. so auch Pfeiffer, in: Wolf / Lindacher / Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Einl Rn. 75; Berger, NJW 2010, 465, 467.

²⁹⁷ Art. 6:247 Abs. 2 *Dutch Civil Code*: „This Section does not apply to contracts between parties who both act in the course of their professional practice or business when entering into the contract and who both have their domicile (habitual residence) outside the Netherlands, irrespective of the law that is governing their contract.“; vgl. so auch Hartkamp, Chapter 10 – Law of Obligations, in: Introduction to Dutch Law (2016), S. 196; Hagedorn / Tervoort, Niederländisches Wirtschaftsrecht (2017), Kapitel III – Vertragsrecht, Rn. 64.

²⁹⁸ Hagedorn / Tervoort, Niederländisches Wirtschaftsrecht (2017), Kapitel III – Vertragsrecht, Rn. 64.

²⁹⁹ Hagedorn / Tervoort, Niederländisches Wirtschaftsrecht (2017), Kapitel III – Vertragsrecht, Rn. 64.

³⁰⁰ Vgl. so auch Hagedorn / Tervoort, Niederländisches Wirtschaftsrecht (2017), Kapitel III – Vertragsrecht, Rn. 65.

Eine Differenzierung zwischen nationalen und internationalen unternehmerischen Verträgen könnte auch ein Ansatzpunkt in Deutschland sein. Wobei bei der Einführung einer solchen Lösung der Wertungsunterschied zwischen nationalen und internationalen Vertragskonstellationen begründbar sein müsste.³⁰¹ Würde allein eine Differenzierung anhand eines grenzüberschreitenden Elementes oder nach dem Unternehmenssitz erfolgen, wäre zudem fraglich, ob nicht hierbei eine Differenzierung der Schutzbedürftigkeit je nach Unternehmensgröße unrechtmäßig unberücksichtigt bliebe.

V. Kombination der Differenzierung anhand der Unternehmensgröße und der Internationalität des Vertrages

Weiterer möglicher Ansatzpunkt für eine Reform des deutschen AGB-Rechts könnte eine Kombination der Differenzierung anhand der Unternehmensgröße (wie in Ziff. III.) und der Internationalität des Vertrages (wie in Ziff. IV.) sein. Dieser würde die Ideen der Schutzwürdigkeit anhand der Unternehmensgröße und -umsatz umsetzen und zudem internationale Verträge aus der AGB-Kontrolle herausnehmen. Die empirischen Daten der *Leuschner-Studie* (2014) zeigen auf, dass bei internationalen Verträgen als auch bei großen Unternehmen ein erhöhtes Interesse an einer liberaleren AGB-Kontrolle bestehen. Durch eine Kombination dieser Ausnahmen, wie sie auch im niederländischen Recht erfolgt durch die Normen Art. 6:235 Abs. 1 *Dutch Civil Code* (Ausnahme des Schutzes der AGB-Kontrolle für große Unternehmen) und Art. 6:247 Abs. 2 *Dutch Civil Code* (Ausnahme internationaler Verträge), kann in beiden Konstellationen ausreichend Liberalität für unternehmerische Verträge gewährleistet werden, während gleichzeitig ausreichend Schutz durch die AGB-Kontrolle für die restlichen unternehmerischen Verträge bestehen bliebe.

Insbesondere aufgrund des großen Anteils mittelständischer Unternehmen in Deutschland, könnte eine Schutzsicherung für KMUs neben einer Liberalisierung für Großunternehmen ein sinnvoller Ansatz sein. Ausweislich der Daten des Statistischen Bundesamtes in Deutschland (Destatis) machten im Jahr 2018 mit einer Anzahl von knapp 2,6 Millionen die kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) in Deutschland die überwiegende Mehrheit (99,4 %) der Unternehmen aus.³⁰² Darunter galten 2,1 Millionen der Unter-

³⁰¹ Bspw. ist *Berger*, NJW 2010, 465, 467 der Auffassung, dass eine Freistellung von der AGB-Kontrolle, die auf internationale Verträge beschränkt ist, zu einem unüberbrückbaren Wertungswiderspruch zwischen der Behandlung nationaler und internationaler Verträge führen würde.

³⁰² Statistisches Bundesamt (Destatis), 2020, <<https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Kleine-Unternehmen-Mittlere-Unternehmen/aktuell-beschaeftigte.html;jsessionid=3EE217B07181BD0378BCF35B0BF9415F.internet742>>. Im Jahr 2017 machten mit einer Anzahl von knapp 2,5 Millionen die kleinen und mittleren

nehmen als Kleinstunternehmen, rund 16.000 Unternehmen als Großunternehmen. Untersucht wurden Unternehmen im Verarbeitenden Gewerbe, in der Energie- und Wasserversorgung, im Handel, im Gastgewerbe sowie in Teilen der sonstigen Dienstleistungsbranchen. Hinsichtlich der Zahlen zu Beschäftigten in Deutschland arbeiten im Jahr 2018 57,2 % der 31,1 Millionen insgesamt Beschäftigten in kleinen und mittleren Unternehmen. In Kleinstunternehmen waren 18,4 % der tätigen Personen beschäftigt, 22,1 % in kleinen, weitere 16,7 % in mittleren Unternehmen.³⁰³ Gleichzeitig zeigen die Daten des Statistischen Bundesamtes über Unternehmensgrößen deutscher Unternehmen in Verknüpfung mit den Einzeldaten der Intrahandelsstatistik, in der der Warenverkehr zwischen Deutschland und den anderen EU-Mitgliedstaaten erhoben wird, dass der Internationalisierungsgrad von KMUs im Vergleich zu Großunternehmen wesentlich weniger ausgeprägt ist.³⁰⁴ Die Anteile an In- und Export großer Unternehmen waren viel höher als die bei den KMU, was auf eine wesentlich stärkere Auslandsorientierung von Großunternehmen hindeutet.³⁰⁵ Dies zeigt, dass auch die Kombination dieser Ausnahmen einerseits den Schutz von KMUs gewährleistet und andererseits den international ausgerichteten Großunternehmen neue Anreize bieten könnte, im deutschen materiellen Recht zu verbleiben beziehungsweise das deutsche Rechts als auf ihren Handelsvertrag anwendbares Recht zu wählen.

Unternehmen (KMU) in Deutschland die überwiegende Mehrheit mit 99,3 % der Unternehmen aus. Darunter galten 2 Millionen der Unternehmen als Kleinstunternehmen, rund 19.000 Unternehmen als Großunternehmen. Hinsichtlich der Zahlen zu Beschäftigten in Deutschland arbeiten im Jahr 2017 61 % der 29,8 Millionen Beschäftigten in kleinen und mittleren Unternehmen. In Kleinstunternehmen waren rund 19 % der tätigen Personen beschäftigt, 23 % in kleinen, weitere 19,3 % in mittleren Unternehmen. Vgl. <<https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Kleine-Unternehmen-Mittlere-Unternehmen/aktuell-beschaeftigte.html;jsessionid=3EE217B07181BD0378BCF35B0BF9415F.internet742>> (zuletzt verfügbar am 20.8.2020).

³⁰³ Zu allem Angaben des Statistischen Bundesamtes (Destatis), 2020, <<https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Kleine-Unternehmen-Mittlere-Unternehmen/aktuell-beschaeftigte.html>>. Zur wirtschaftlichen Bedeutung der kleinen und mittleren Unternehmen in Deutschland siehe *Söllner*, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, Januar 2014, 40 ff.

³⁰⁴ Daten der Intrahandelsstatistik des Berichtsjahres 2011 aus Fachbericht des Statistischen Bundesamtes: „Export, Import, Globalisierung – Deutscher Außenhandel 2011“, S. 45; siehe hierzu auch *Söllner*, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, Januar 2014, 40, 47 f.; ebenso Bericht des Statistischen Bundesamtes, „Deutscher Außenhandel – Export und Import im Zeichen der Globalisierung“, Ausgabe 2017, S. 18.

³⁰⁵ Während im Berichtsjahr 2011 KMUs 16 % im Jahr 2011 Waren eingeführt hatten und 7 % Waren ausgeführt hatten, hatten Großunternehmen 45 % Warenimporte aus einem anderen EU-Mitgliedstaat und 40 % Warenexporte in einen anderen EU-Mitgliedstaat. Daten aus Fachbericht des Statistischen Bundesamtes: „Export, Import, Globalisierung – Deutscher Außenhandel 2011“, S. 45; siehe hierzu auch: *Söllner*, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, Januar 2014, 40, 47 f., Schaubild 7.

VI. Weitere Ansatzideen für eine AGB-Reform

Verschiedene weitere Ansatzpunkte des deutschen Gesetzgebers für eine AGB-Reform könnten im Lichte der Analyseergebnisse zum Rechtsfluchtargument angedacht werden. Es könnte beispielsweise eine Erlaubnisnorm ähnlich dem Regelungsmechanismus des § 512 Abs. 2 HGB geschaffen werden (Ziff. 1) oder aber eine Ausnahme von der AGB-Kontrolle eingeführt werden, wenn ein ausdrücklicher Hinweis auf die entsprechende Klausel erfolgt ist – ähnlich dem Schweizer Recht (Ziff. 2). Darüber hinaus könnte versucht werden, eine Mindestharmonisierung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr auf EU-Eben voranzutreiben, wobei dieser Versuch bislang nicht geglückt ist, wie das Beispiel des Art. 86 i. V. m. Art. 7 CESL-Vorschlag zeigt (Ziff. 3). Würde der deutsche Gesetzgeber alternativ versuchen wollen, die AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB oder eines vergleichbaren Standards in allen Vertragskonstellationen mit deutschen Unternehmen durchzusetzen um so einen (befürchteten) Exodus deutscher Unternehmen zu stoppen, sähen seine Chancen wenig erfolgsversprechend aus. Die Analyseergebnisse dieser Arbeit legen nahe, dass trotz des Bestehens weitreichender Rechtsfluchtmöglichkeiten vor den §§ 305 ff. BGB im B2B-Verkehr (Kapitel 2) eine Rechtsflucht kausal aufgrund des deutschen AGB-Rechts durch deutsche Unternehmen zumindest kein Massenphänomen ist und eine allein ausschlaggebende Kausalität des deutschen AGB-Rechts in der Rechtswahl von Unternehmen zu verneinen ist (Kapitel 3). Welche Optionen dem deutschen Gesetzgeber dennoch zur Verfügung stünden, um die deutsche AGB-Kontrolle zwingend für deutsche Unternehmen durchzusetzen, werden nachfolgend beleuchtet (Ziff. 4).

1. Erlaubnisnorm ähnlich dem Regelungsmechanismus des § 512 Abs. 2 HGB schaffen

Als eine weitere Idee könnte die Einführung einer Erlaubnisnorm ähnlich dem Regelungsmechanismus des § 512 Abs. 2 HGB in die AGB-Kontrolle sein. Diese spezielle Vorschrift des Seehandelsrechts legt fest, in welcher Form von welchen Vorschriften im Stückgutfrachtvertrag abgewichen werden kann.³⁰⁶ Absatz 2 bestimmt hierbei die Regelungen, von denen durch „vorformulierte Vertragsbedingungen“ abgewichen werden kann. Von allen anderen Vorschriften des Untertitels kann nur durch im Einzelnen ausgehandelte Vereinbarungen abgewichen werden, vgl. § 512 Abs. 1 HGB. Das gilt auch dann, wenn die Vereinbarung für eine Mehrzahl von gleichartigen Verträgen zwischen denselben Vertragsparteien getroffen wird (§ 512 Abs. 1 HGB). Dadurch sind die Haftungsbestimmungen des Stückgutfrachtvertrags gegen

³⁰⁶ MüKo / Herber, HGB, 4. Aufl. 2020, § 512, Rn. 1.

abweichende Regelungen durch AGB in bestimmtem Umfang geschützt.³⁰⁷ Zweck dieses Regelungsmechanismus ist es, Vertragsautonomie zu gewährleisten und dennoch gleichzeitig einen Kernbestand an Haftungsregeln vor einer formularmäßigen Abbedingung durch AGB zu sichern.³⁰⁸ Der Mechanismus, der aus dem speziellen Handelsrecht für das allgemein schuldrechtliche AGB-Recht übernommen werden könnte, besteht darin, dass in einem Katalog festgelegt wird, von welchen Vertragsregelungen durch AGB und von welchen lediglich durch Individualvereinbarung abgewichen werden kann. Das könnte zu einer Öffnung für Vertragsautonomie in B2B-Verträgen führen, ohne dass auf die Inhaltskontrolle des § 307 Abs. 1, 2 BGB verzichtet werden müsste.

2. Ausnahme bei ausdrücklichem Hinweis auf die Klausel ähnlich dem Schweizer Recht

Weiter könnte überlegt werden, ob eine Ausnahme von der AGB-Kontrolle bei einem ausdrücklichen Hinweis auf die Klausel, wie es im Schweizer Recht derzeit geltende Rechtslage ist, im deutschen Recht zugelassen werden sollte. Nach Schweizer Recht greift die verdeckte Inhaltskontrolle der Ungewöhnlichkeitsregel der BG-Rechtsprechung nur, wenn nicht ausdrücklich auf die Klausel hingewiesen wurde. Eine ungewöhnliche Klausel ist nach Schweizer Recht beziehungsweise Rechtsprechung auch dann wirksam, wenn sie dem Vertragspartner erklärt beziehungsweise dieser ausdrücklich darauf hingewiesen worden ist.³⁰⁹ Man könnte sich für eine Reform des deutschen AGB-Rechts an dieser Ausnahmeregel über einen Hinweis gegenüber dem Vertragspartner im unternehmerischen Verkehr ein Beispiel nehmen. Im Schweizer Recht ist diese Regel jedoch durch die Rechtsprechung entwickelt und nicht kodifiziert. Dies würde ein Abwarten auf eine BGH-Entscheidung mit diesem Inhalt erforderlich machen. Hierfür müsste zunächst ein passender Fall zum BGH gelangen, in dem dieser dann die Hinweismöglichkeit feststellt. Eine solche Regelung zu kodifizieren hätte den Vorteil einer rechtssicheren Ausweichmöglichkeit für den unternehmerischen Rechtsverkehr.

3. Vorantreiben einer Mindestharmonisierung des AGB-Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehr auf EU-Ebene

Letztlich könnte auch an ein Vorantreiben einer Mindestharmonisierung des AGB-Rechts im unternehmerischen Verkehr auf EU-Ebene gedacht werden. Ein solches Bestreben auf Ebene des EU-Rechts könnte den Standard der

³⁰⁷ MüKo / Herber, HGB, 4. Aufl. 2020, § 512, Rn. 1.

³⁰⁸ MüKo / Herber, HGB, 4. Aufl. 2020, § 512, Rn. 1.

³⁰⁹ Ausführungen zum Schweizer Recht im Detail zur Ausnahme bei einem solchen Hinweis s.o. Kapitel 4 – C.I.3.a).

AGB-Kontrolle unter den Mitgliedstaaten angleichen und dadurch einen Anreiz zur Rechtsflucht aufgrund des AGB-Rechts – obgleich dessen Auftreten als ein Massenphänomen zu bezweifeln ist (vgl. Kap. 3) – entfallen lassen. Eine solche Lösung der Angleichung der AGB-Kontrolle zwischen den EU-Mitgliedstaaten durch Rechtsvereinheitlichung wurde bereits durch den Vorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (CESL-Vorschlag) versucht.³¹⁰ Diesem ist jedoch, obgleich er einen Meilenstein in der Entwicklung des europäischen Vertragsrechts darstellt, bislang keine Durchsetzung gelungen.³¹¹ Der CESL-Vorschlag etabliert eine zwingende AGB-Kontrolle auch unter Unternehmern, legt für den B2B-Verkehr jedoch einen abgesenkten Prüfungsmaßstab an.³¹² Art. 86 CESL-Vorschlag bestimmt wann eine Vertragsbestimmung, die Bestandteil von nicht individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen i.S.d. Art. 7 CESL-Vorschlag ist, bei Verträgen zwischen Unternehmern „unfair“ ist. Unter Unternehmern kommt es auf eine treuwidrige, gröbliche Abweichung von der guten Handelspraxis an, Art. 86 (1) (b) CESL-Vorschlag.³¹³ Auf diese Weise würden die Vorschriften des CESL-Vorschlags den Anwendungsbereich und die Inhaltskontrolle von AGB auf EU-Ebene harmonisieren. Gleichfalls ist jedoch auch der Anwendungsbereich des CESL-Vorschlags einerseits auf grenzüberschreitende Verträge beschränkt und andererseits erfasst er neben Verbraucherverträgen nur solche Verträge zwischen Unternehmern, von denen mindestens einer ein kleines oder mittleres Unternehmen betreibt.³¹⁴ Dies würde die Reichweite der Harmonisierung mindern.

Problematisch an einer Lösung über den Weg einer Mindestharmonisierung des EU-Rechts für den deutschen Gesetzgeber für Reformüberlegungen bezüglich der AGB-Kontrolle ist zweierlei: Einerseits bestünde zunächst die Schwierigkeit, eine Zustimmung für einen Vorschlag zur Mindestharmonisierung zu erhalten (vgl. Probleme der Zustimmung zum CESL-Vorschlag); außerdem ist der Einfluss allein des AGB-Rechts auf die unternehmerische

³¹⁰ Dort Art. 86 i. V. m. Art. 7 CESL-Vorschlag, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM/2011/0635 endgültig – 2011/0284 (COD), abrufbar unter: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011PC0635&from=EN>>.

³¹¹ Zum CESL-Vorschlag, dessen Bedeutung und dessen Defizite siehe ausführlich *Eidenmüller / Jansen / Kieninger / Wagner / Zimmermann*, JZ 2012, 269–289.

³¹² *Eidenmüller / Jansen / Kieninger / Wagner / Zimmermann*, JZ 2012, 269, 278.

³¹³ Art. 86 (1) (b) CESL-Vorschlag: „(b) so beschaffen ist, dass ihre Verwendung unter Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs gröblich von der guten Handelspraxis abweicht.“; s.a. *Eidenmüller / Jansen / Kieninger / Wagner / Zimmermann*, JZ 2012, 269, 278 und 279 f. (Kritik an CESL-Vorschlag speziell zur AGB-Kontrolle im B2B-Verkehr).

³¹⁴ Vgl. Art. 4 und Art. 7 CESL-Vorschlag; S.a. *Eidenmüller / Jansen / Kieninger / Wagner / Zimmermann*, JZ 2012, 269, 270.

Rechtswahlentscheidung in Handelsverträgen fraglich und zumindest nicht allein ausschlaggebend³¹⁵ und somit der Einfluss einer solchen Lösung unsicher. Darüber hinaus würden, selbst wenn auf EU-Ebene das unternehmerische AGB-Recht harmonisiert werden würde, weder die Schweiz und seit dem 1. Januar 2021 auch nicht mehr England von den Regelungen des EU-Rechts umfasst sein.³¹⁶ Mithin würde dadurch nicht der Rechtsfluchtanreiz in die in unternehmerischen Verträgen in Europa viel gewählten Rechtsordnungen der Schweiz und England verringert werden. Ein solches Vorantreiben einer Mindestharmonisierung ist somit für den deutschen Gesetzgeber keine Lösung, der für die Rüge der Rechtsflucht, die im Zusammenhang mit der AGB-Kontrolle erhoben wird, eine sinnvolle Lösung in absehbarer Zeit bringen könnte.

4. *Optionen des deutschen Gesetzgebers zur zwingenden Durchsetzung des deutschen AGB-Rechts gegenüber deutschen Unternehmen?*

Würde der deutsche Gesetzgeber die deutsche AGB-Kontrolle in Handelsverträgen unter Beteiligung eines deutschen Unternehmens auch im internationalen Kontext durchsetzen wollen und so einen (befürchteten) Exodus deutscher Unternehmen aus der deutschen AGB-Kontrolle aufhalten wollen, wären seine Optionen beschränkt. Einerseits könnte an die Option der Vorantreibung einer Mindestharmonisierung der AGB-Kontrolle auf EU-Ebene gedacht werden, andererseits an die Option einer Durchsetzung der §§ 305 ff. BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr über den Mechanismus einer Eingriffsnorm i.S.d. Art. 9 Rom I-VO. Beide Optionen erscheinen nicht durchsetzbar beziehungsweise nicht möglich.

Die Option, eine Mindestharmonisierung auf EU-Ebene anzustreben, um eine AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr vergleichbar der des deutschen AGB-Rechts EU-weit durchzusetzen, scheint nicht oder nur schwer durchsetzbar. Wenn selbst der Versuch einer Mindestharmonisierung des AGB-Rechts für Teile des B2B-Rechtsverkehrs durch Art. 86 i.V.m. Art. 7 CESL-Vorschlag für grenzüberschreitende Verträge bislang nicht erfolgreich beziehungsweise durchsetzbar war,³¹⁷ scheint eine Mindestharmonisierung des AGB-Rechts für den gesamten unternehmerischen Rechtsverkehr auf EU-Ebene umso weniger durchsetzbar.

³¹⁵ S.o. Kapitel 3.

³¹⁶ Bei England war dies lange Zeit noch von möglichen Vereinbarungen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich für den Zeitraum nach Ablauf der Brexit-Übergangsphase am 31. Dezember 2020 abhängig. Es wurde zwar am 24. Dezember 2020 ein Übereinkommen vereinbart, diese enthält jedoch keine Vorschriften bezüglich einer Bindung des Vereinigten Königreichs an EU-rechtliche Bestimmungen im Bereich des materiellen Zivilrechts im unternehmerischen Rechtsverkehr.

³¹⁷ Ausführlich hierzu siehe vorige Ziffer (Kapitel 5 – C.VI.3).

Als weitere Option zur zwingenden Durchsetzung der deutschen AGB-Kontrolle gegenüber deutschen Unternehmen im unternehmerischen Rechtsverkehr wäre darüber hinaus einzig der Weg, die §§ 305 ff. BGB als international zwingende Normen i.S.d. Art. 9 Rom I-VO einzuordnen, anzudenken. Die Vorschrift des Art. 9 Rom I-VO fungiert als „Einfallstor“ für politisch motivierte Wertungen, das durch Staaten in engen Grenzen genutzt werden kann, um ihre Wertvorstellungen trotz eines kollisionsrechtlich anderem anwendbaren Recht durchzusetzen.³¹⁸ Der Begriff der Eingriffsnorm ist jedoch eng gefasst³¹⁹ und um eine Norm auf die Ebene einer international zwingenden Bestimmung anzuheben, müssen die Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO erfüllt sein. Zwar können die Mitgliedstaaten selbst bestimmen, welche Vorschriften für sie als so entscheidend für die Wahrung ihres öffentlichen Interesses, insbesondere ihrer politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation des Staates, angesehen werden, jedoch muss die Vorschrift die strengen Voraussetzungen an eine Eingriffsnorm i.S.d. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO erfüllen.³²⁰ Der Begriff der Eingriffsnorm i.S.d. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO stellt drei Voraussetzungen, die gleichzeitig erfüllt sein müssen, damit eine Norm als Eingriffsnorm gilt: die jeweilige Vorschrift muss zwingend sein; sie muss übergeordneten staatlichen Interessen dienen und sie muss ohne Rücksicht auf das anwendbare Recht gelten wollen.³²¹ Darüber hinaus ist ein hinreichend starker Inlandsbezug für das Eingreifen einer Eingriffsnorm erforderlich.³²² Damit das deutsche AGB-Recht im B2B-Verkehr trotz ausländischer Rechtswahl in einem internationalen Handelsvertrag durchgreifen könnte, müsste der deutsche Gesetzgeber beziehungsweise die deutsche Rechtsprechung die §§ 305 ff. BGB im B2B-Verkehr auf die Ebene dieser entscheidenden Normen für die Wahrung des öffentlichen Interesses anheben und gleichzeitig müssten die Voraussetzungen des Art. 9 Rom I-VO erfüllt sein. Beides ist nicht ersichtlich oder naheliegend. Eine Anhebung des AGB-Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehr auf die Ebene einer Eingriffsnorm wäre ein ungewöhnlicher Weg unter den Mitgliedstaaten der EU und darüber hinaus nicht oder zumindest nur schwer vereinbar

³¹⁸ Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 11.

³¹⁹ So ausdrücklich auch Erwägungsgrund (37) zur Rom I-VO.

³²⁰ Zur möglicherweise künftig bedeutenden Rolle des EuGH bei der Einstufung nationalen Rechts als international zwingend i.S.d. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO: Ferrari / *Staudinger*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 10.

³²¹ Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 46; zu den Anforderungen an eine Eingriffsnorm i.S.d. Art. 9 Rom I-VO siehe ebenso: Ferrari / *Staudinger*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 5 ff.; MüKo / *Martiny*, Int. PrivatR II, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 12 ff.

³²² Staudinger / *Magnus*, Int. VertragsR 1 (2016), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 46; siehe zur Definition und Voraussetzung der Eingriffsnorm i.S.d. Art. 9 Rom I-VO ausführlich in Kapitel 2 – A.I.3.

mit der Definition der Eingriffsnorm i.S.d. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO. Somit besteht diese Option zur zwingenden Durchsetzung des deutschen AGB-Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehr über Art. 9 Rom I-VO nicht.

Andere Möglichkeiten zur Erzwingung einer AGB-Kontrolle für deutsche Unternehmen im B2B-Verkehr auch im internationalen Vertragskontext anhand der oder entsprechend der Anforderungen der §§ 305 ff. BGB sind für den deutschen Gesetzgeber nicht ersichtlich. Darüber hinaus bliebe ohnehin zu beachten, dass selbst wenn man die Normen der deutschen AGB-Kontrolle als international zwingende Normen i.S.d. Art. 9 Rom I-VO einordnen könnte, ein ausländisches Forum außerhalb des Anwendungsbereichs der Rom I-VO (bspw. ein staatliches Gericht der Schweiz) diese Auffassung ebenfalls vertreten müsste, um den §§ 305 ff. BGB trotz Rechtswahl einer anderen Rechtsordnung als der deutschen Geltung zu verschaffen. Gleichfalls bliebe die Frage, nach welchem Maßstab Schiedsgerichte international zwingende Vorschriften zu beachten hätten, noch zu beantworten. Diese Frage und die Beachtung der §§ 305 ff. BGB durch Schiedsgerichte wäre nicht bereits durch eine Einordnung der §§ 305 ff. BGB als Eingriffsnorm i.S.d. Art. 9 Rom I-VO geklärt. Zusammenfassend sind die Optionen für den deutschen Gesetzgeber, die §§ 305 ff. BGB in allen Vertragskonstellationen mit deutschen Unternehmen, d.h. auch in internationalen Verträgen, durchzusetzen, unter derzeitiger Rechtslage nicht realistisch durchsetzbar oder umsetzbar.

VII. Fazit zu sinnvollen Ansatzpunkten einer AGB-Reform im Lichte des Rechtsfluchtargumentes

Verschiedene Ansatzpunkte einer AGB-Reform wurden unter Berücksichtigung der Analyse der Reichweite, der Risikohöhe und der Effektivität einer Rechtsflucht aufgrund des AGB-Rechts in unternehmerischen Verträgen angedacht. Diese wurden anhand der Ergebnisse der Analyse des Rechtsfluchtargumentes bewertet. Für die Frage, ob und wie eine AGB-Reform im deutschen Recht erfolgen sollte, sind jedoch alle Argumente im Kontext der AGB-Kontrolle zu beleuchten. Vor allem ist diesbezüglich die grundsätzliche Frage, ob das deutsche AGB-Recht und die BGH-Rechtsprechung „zu streng“ sind, nicht beantwortet, sondern nur, ob und wie weit aufgrund des deutschen AGB-Rechts geflüchtet wird und ob in anderen Rechtsordnungen die Kontrolle liberaler ist. Dies sagt noch nichts über die Bewertung, ob die §§ 305 ff. BGB derzeit „zu streng“ seien, aus.

Diese Arbeit wirft ein Schlaglicht auf das komplexe Argument der Rechtsflucht als ein Aspekt unter diversen, die für eine AGB-Reformüberlegung relevant sind. Im Lichte der Analyseergebnisse des Argumentes der Rechtsflucht erscheint eine Kombination der Differenzierung zwischen nationalen und internationalen Fällen, sowie zwischen einerseits großen Unternehmen und andererseits kleinen und mittleren Unternehmen als zweckmäßiger An-

satzpunkt, um die nur teilweise bestehenden Rechtsfluchtrisiken zu beeinflussen. Im Übrigen ist es wichtig zu beachten, dass nicht das AGB-Recht allein, sondern ein ganzes Bündel an Faktoren und zugrundeliegende Mechanismen die unternehmerische Rechtswahl in Verträgen beeinflusst und mithin eine Reform des AGB-Rechts nur in Kombination mit Reformen an anderen Anreizfaktoren (vor allem im Prozessrecht) als sinnvoll erscheint.

D. Fazit zu Konsequenzen der Analyse zu Reformüberlegungen

Die Ergebnisse der Analyse des Rechtsfluchtargumentes ergeben, dass nur teilweise eine Rechtsflucht erfolgt und sich diese eher in internationalen Verträgen und in großvolumigen Verträgen von Großunternehmen abspielt als in nationalen Verträgen kleinerer Unternehmen mit geringeren Vertragsumsätzen. Analysiert man zudem die Interessen des Gesetzgebers an einem „attraktiven“ Vertragsrecht, ergeben sich weniger direkte monetäre Interessen des Gesetzgebers an einem „attraktiven“ Vertragsrecht als für andere Marktteilnehmer, wie die rechtsberatende Branche. Die vorgebrachten Argumente der Diskussteilnehmer hinsichtlich eines Rechtsfluchtrisikos aufgrund des AGB-Rechts sind auch im Lichte dieser Interessenlage zu gewichten.

Aus den Analyseergebnissen zum Rechtsfluchtargument ergibt sich weiterhin als Konsequenz für die Reformfrage, dass wenn das deutsche AGB-Recht reformiert werden soll und dies eine Auswirkung auf die Attraktivität des Rechtsstandortes Deutschland haben soll, es am sinnvollsten ist, dieses zusammen mit einem Reformpaket für den Gerichtsstandort Deutschland zu reformieren. Nur in diesem Zusammenhang mit anderen Anreizfaktoren kann überhaupt Einfluss auf die unternehmerische Rechtswahl in Verträgen genommen werden und somit das Ziel einer vermehrten Wahl des deutschen materiellen Rechts in unternehmerischen Verträgen erreicht werden. Zudem erscheint als Ansatzpunkt, wenn die deutsche AGB-Kontrolle tatsächlich liberalisiert werden sollte, eine Differenzierung zwischen nationalen und internationalen unternehmerischen Verträgen und zwischen dem Schutz von Großunternehmen und KMUs vernünftig und zweckmäßig. Wenn eine Liberalisierung der AGB-Kontrolle geschaffen werden sollte, um ein Rechtsfluchtrisiko zu verringern, dann erscheint dies nur sinnvoll, wenn einzig eine Ausnahme von der Kontrolle für Großunternehmen und in internationalen Verträgen geschaffen würde. Diese Überlegungen zu zweckdienlichen Ansatzpunkten erfolgen jedoch konzentriert in Anbetracht der Ergebnisse der Analyse des Rechtsfluchtargumentes. Um zu entscheiden, ob grundsätzlich das AGB-Recht der §§ 305 ff. BGB für den unternehmerischen Verkehr reformiert werden sollte, sind alle Aspekte der Reformdiskussion zu erörtern. Diese Arbeit fokussiert sich auf die Analyse des Argumentes der Rechtsflucht.

Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

A. Zusammenfassung der Analyse des Rechtsfluchtargumentes

Das Argument des Rechtsfluchtrisikos in internationalen Handelsverträgen aufgrund des deutschen AGB-Rechts wird in der Reformdiskussion verstärkt als Argument für eine Liberalisierung des deutschen AGB-Rechts angebracht (Kapitel 1). Dieses Rechtsfluchtargument der Befürworter einer Reform der §§ 305 ff. BGB für den unternehmerischen Rechtsverkehr wurde hinsichtlich der Reichweite, der Intensität und der Effektivität einer Rechtsflucht in andere Rechtsordnungen hinterfragt. Die Analyse ergab folgende Einblicke.

Es bestehen weitreichende, aber nicht grenzenlos gewährte kollisionsrechtliche Rechtsfluchtmöglichkeiten vor dem deutschen AGB-Recht in Handelsverträgen. Differenziert werden muss zwischen nationalen und internationalen Verträgen. In internationalen unternehmerischen Verträgen ist eine Rechtsflucht in ausländische Rechtsordnungen vor der Kontrolle der §§ 305 ff. BGB ohne kollisionsrechtliche Grenzen möglich. Dies gilt vor staatlichen Gerichten innerhalb der EU, in der Schweiz und in England post-Brexit sowie vor Schiedsgerichten. In reinen deutschen Inlandssachverhalten ist einer Rechtsflucht vor der deutschen AGB-Kontrolle aufgrund des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO eine Grenze gesetzt. Diese Grenze gilt in jedem Fall vor den staatlichen Gerichten der Mitgliedstaaten der EU. Vor Schiedsgerichten ist die Antwort auf die Frage, ob Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO eine Schranke darstellt, von der Frage abhängig, ob Schiedsgerichte mit Sitz innerhalb der EU an die Rom I-VO gebunden sind. Dies ist strittig und bislang höchstgerichtlich nicht entschieden. Unabhängig von diesem Aspekt ist gleichwohl die Möglichkeit der Geltendmachung eines Verstoßes des Schiedsgerichts beziehungsweise einer Durchsetzung gegen eine Missachtung des Kollisionsrechts durch ein Schiedsgericht fraglich, wenn sich dieser Verstoß unterhalb der Schwelle des *ordre public*-Verstoßes bewegt. Vor staatlichen Gerichten der Schweiz kann selbst in reinen deutschen Inlandssachverhalten bei Wahl des Schweizer Rechts vor den §§ 305 ff. BGB ausgewichen werden; gleiches gilt vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz. Die Rechtslage vor den staatlichen Gerichten Englands und Schiedsgerichten mit Sitz in England nach Ablauf des Übergangszeitraumes des Brexits am 31. Dezember 2020 hängt von der zukünftigen Auslegung der ins nationale Recht des Vereinigten Kö-

nigreichs implementierten Regelungen der Rom I-VO ab. Das Austrittsabkommen vom 31. Dezember 2020 trifft keine Bestimmungen zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht und bestimmt diesbezüglich auch keine zwingende Bindung des Vereinigten Königreichs an die Rechtsprechung des EuGH. Ob ein Abweichen in der Auslegung des implementierten Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO erfolgen wird und dadurch eine weitere Rechtsfluchtoption vor den §§ 305 ff. BGB in reinen deutschen Inlandssachverhalten geschaffen wird, bleibt abzuwarten (Kapitel 2).

Zur Frage des Einflusses des AGB-Rechts auf die unternehmerische Rechtswahl in Verträgen und mithin der Frage, wie ausschlaggebend das deutsche AGB-Recht überhaupt für eine Rechtsflucht sein kann, ergab die Analyse Folgendes: Das deutsche AGB-Recht ist entgegen der Vermutung mancher AGB-Reformbefürworter weder der ausschließliche noch der ausschlaggebende Grund für eine Rechtsflucht vor dem deutschen Recht. Zweifel an einer ausschlaggebenden Ursächlichkeit streuen die Fülle an Anreizfaktoren bei der Wahl der Rechtsordnung in Verträgen und die nicht ausschlaggebende Wirkung des Faktors „AGB-Recht“ bei der unternehmerischen Rechtswahl in Verträgen. Unter diesen ist das AGB-Recht nicht der ausschlaggebende. Zudem beeinflussen zugrundeliegende Mechanismen die Rechtswahl und retardieren Veränderungen der favorisierten Rechtswahl im unternehmerischen Verkehr durch Netzwerk- und Lock-in-Effekte. Eine Reform des deutschen AGB-Rechts würde viele der Anreizfaktoren der unternehmerischen Rechtswahl unverändert zurücklassen und sich nur auf wenige auswirken. Die Analyse der Daten ergab außerdem, dass das Rechtsfluchtrisiko aufgrund des deutschen AGB-Rechts zwar sehr gering ist, vor allem in reinen deutschen Inlandssachverhalten, jedoch teilweise in der Praxis erfolgen könnte. In grenzüberschreitenden Verträgen ist das Rechtsfluchtrisiko aufgrund des deutschen AGB-Rechts höher. Außerdem zeigen die Daten, dass je größer die Unternehmen sind, desto größer auch das Rechtsfluchtrisiko ist (Kapitel 3).

Die Effektivität einer Rechtsflucht vor der deutschen AGB-Kontrolle in andere Rechtsordnungen, um dort liberalere Möglichkeiten der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungsklauseln vorzufinden, wurde anhand eines Rechtsvergleichs mit den meistgewählten Rechtsordnungen in unternehmerischen Verträgen europäischer Unternehmen, dem englischen und Schweizer Recht, analysiert. Zudem wurde die Handhabung von Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB im neu reformierten französischen Recht mit der Rechtslage in Deutschland verglichen. Die Analyse ergab, dass eine Flucht in die englische Rechtsordnung effektiv wäre, in die Schweizer Rechtsordnung nur teilweise effektiv und in die französische Rechtsordnung keine Vorteile hinsichtlich der Wirksamkeit von Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB erbringen würde. Im englischen Recht unterliegen insbesondere internationale Verträge einer liberaleren AGB-Kontrolle von Haftungsausschlussklauseln

nach Maßgabe des UCTA 1977. Im Schweizer Recht darf nicht der Fehler begangen werden, die verdeckte Inhaltskontrolle der Ungewöhnlichkeitsrechtsprechung zu übersehen, die im Ergebnis sehr ähnliche Regelungen wie die kodifizierte deutsche AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr enthält. Jedoch erlaubt die Hinweismöglichkeit auf eine Klausel einen Ausweg aus der strengeren AGB-Kontrolle. Die Annäherung der französischen und deutschen Rechtsordnung hat sich durch die Schuldrechtsreform Frankreichs 2016 noch verstärkt. In beiden Rechtsordnungen unterliegen Klauseln auch im unternehmerischen Verkehr einer kodifizierten Klauselkontrolle. Die neu kodifizierte Generalklausel des Art. 1171 *Code Civil* n.F. mit dem Maßstab eines „bedeutenden Ungleichgewichts“ (*déséquilibre significatif*) für die AGB-Kontrolle im neuen französischen Vertragsrecht ähnelt dabei der Generalklausel des § 307 BGB mit dessen Maßstab einer „unangemessenen Benachteiligung“ (Kapitel 4).

B. Schlussfolgerungen für eine AGB-Reform

Die gefundenen Ergebnisse bedeuten in der Konsequenz für eine AGB-Kontrolle, dass einerseits weitestgehend durch ausländische Rechtswahl in Verträgen kollisionsrechtlich vor den §§ 305 ff. BGB ausgewichen werden kann. Kollisionsrechtlich wäre eine Rechtsflucht vor allem in internationalen Verträgen möglich. Die Analyse der empirischen Daten und die Herausarbeitung der Anreizfaktoren und der der Rechtswahl zugrundeliegenden Faktoren zeigt jedoch, dass das deutsche AGB-Recht weitaus weniger Veranlassung für eine Rechtsflucht ist, als die kollisionsrechtlichen Möglichkeiten es erlauben würden und als es in der Argumentation der Reformbefürworter den Anschein erweckt. Und letztlich sind nicht alle Rechtsfluchtoptionen effektiv, insbesondere bietet die scheinbar gern gewählte Schweizer Rechtsordnung recht ähnliche Ergebnisse hinsichtlich der Handhabung von Haftungsausschlussklauseln in AGB in unternehmerischen Verträgen. Ein Angleichen der deutschen AGB-Kontrolle an die Schweizer AGB-Kontrolle würde mithin keine Liberalisierung der §§ 305 ff. BGB mit sich bringen. Um durch eine AGB-Reform die deutsche Rechtsordnung als mehr gewähltes Vertragsrecht im internationalen unternehmerischen Rechtsverkehr zu erhalten, erscheint nur eine Reform hinsichtlich verschiedener Anreizfaktoren sinnvoll. Insbesondere die Überlegungen zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen und der Zulassung einer englischen Prozesssprache erscheinen als prozessuale Ergänzung ein sinnvoller Ansatz. Die Lösung findet sich nicht in einer alleinigen AGB-Reform, sondern in einem Reformpaket an unterschiedlichen Stellschrauben der deutschen Rechtsordnung – materiellrechtlicher und prozessualer Vorschriften. Nur ein langsamer Weg zum Etab-

lieren eines „attraktiven“ Rechtssystems kann überhaupt das Ziel einer vermehrten Wahl des deutschen Rechts als materiell anwendbares Recht in Handelsverträgen erreichen.

Würde man das AGB-Recht liberalisieren wollen, so ist im Lichte der Analyse des Rechtsfluchtargumentes eine Differenzierung zwischen verschiedenen unternehmerischen Verträgen sinnvoll. Eine liberalere AGB-Kontrolle hinsichtlich Haftungsausschlussklauseln erscheint, wenn überhaupt, dann nur in internationalen Verträgen und Verträgen mit Großunternehmen zweckmäßig. Den Schutz der AGB-Kontrolle zur derzeit geltenden Rechtslage sollten weiterhin rein nationale Verträge und kleine Unternehmen genießen. Zudem sind die verschiedenen finanziellen Anreize der Diskutanten um eine Reform des deutschen AGB-Rechts zu beachten und die Argumente in Anbetracht dieser monetären Anreize zu gewichten.

Literaturverzeichnis

Alle Internetlinks wurden zuletzt überprüft am 30. März 2021, wenn nichts anderes zu einzelnen Links vermerkt ist.

Abels, Michael: Gerichte zerstören Vertrauen – Allgemeine Geschäftsbedingungen, FAZ, Recht und Steuern, 7.8.2007, <<https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/recht-steuern/allgemeine-geschaeftsbedingungen-gerichte-zerstoeren-vertrauen-1462463>>.

Akerlof, George A.: The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics* 1970, S. 488–500.

Altemeier, Franz Peter: Werben für das Konfliktmanagement „made in Germany“ – Kooperation mit deutscher Botschaft in der Slowakei, *Anwaltsblatt* 2017, S. 878.

–: Das deutsche Recht funktioniert auch als neutrale Rechtsordnung – „Law – Made in Germany“: Symposium in München, *Anwaltsblatt* 2017, S. 653.

–: Markt der Rechtsdienstleistungen verlagert sich – DAV wirbt international für Expertise der deutschen Anwaltschaft, *Anwaltsblatt* 2017, S. 311.

Andrews, Neil: *Arbitration and Contract Law – Common Law Perspectives*, Cham / Schweiz 2016.

AnwaltKommentar AGB-Recht, Niebling, Jürgen (Hrsg.), 3. Aufl., Bonn 2017.

Aynès, Laurent: The Content of Contracts: Prestation, Objet, but No Longer la Cause?, in: Cartwright, John / Whittaker, Simon (Hrsg.), *The Code Napoléon Rewritten – French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford and Portland (Oregon) 2017, S. 137–143.

Babusiaux, Ulrike / Witz, Claude: Das neue französische Vertragsrecht – Zur Reform des Code civil, *Juristenzeitung* 2017, S. 496–507.

Baker McKenzie: *Doing Business in the Netherlands*, 2018, <<http://www.blader.pdf.nl/bakermckenzie/doingbusiness2018/60/#zoom=z>>.

Bar, Christian von / Mankowski, Peter: *Internationales Privatrecht – Band II, Besonderer Teil*, 2. Aufl., München 2019.

–: *Internationales Privatrecht – Band I, Allgemeine Lehren*, 2. Aufl., München 2003.

Basedow, Jürgen: Brexit und das Privat- und Wirtschaftsrecht, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2016, S. 567–572.

Basler Kommentar (BSK),

- Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Arpagaus, Reto / Hilty, Reto M. (Hrsg.), Basel 2013.
- *Internationales Privatrecht*, Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Schnyder, Anton K. / Berti, Stephen V. (Hrsg.), 3. Aufl., Basel 2013.
- *Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, Widmer Lüchinger, Corinne / Oser, David (Hrsg.), 7. Aufl., Basel 2019.
- *Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), 6. Aufl., Basel 2015.

- Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Spühler, Karl/Tenchio, Luca / Infanger, Dominik / Auwärter, Dorothee (Hrsg.), 3. Aufl., Basel 2017.
- Beale, Hugh G. (Hrsg.): Chitty on Contracts – Volume I, General principles, London 2018.
- Beck-online.Grosskommentar (BeckOGK), BGB, Gsell, Beate / Krüger, Wolfgang / Lorenz, Stephan / Reymann, Christoph (Hrsg.), München 2021.
- Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) BGB, Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert / Hau, Wolfgang / Poseck, Roman (Hrsg.), 57. Aufl., München (Stand: 1.2.2021).
- Berger, Klaus Peter*: Die (fehlende) Bindung des Schiedsrichters an die höchstrichterliche Rechtsprechung, in: Ebke, Werner F. / Olzen, Dirk / Sandrock, Otto (Hrsg.), Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag, Frankfurt am Main 2015, S. 15–28.
- : Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr, Neue Juristische Wochenschrift 2010, S. 465–470.
- : Abschied von der Privatautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr? – Zum Differenzierungsgebot im AGB-Recht, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006, S. 2149–2156.
- : Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, Recht der internationalen Wirtschaft 1994, S. 12–18.
- Berger, Klaus Peter / Kleine, Lucas*: AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Betriebs-Berater 2007, S. 2137–2141.
- Berner Kommentar (BK) – Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Hausheer, Heinz / Weber, Rolf H. / Gmür, Max / Becker, Hermann / Meier-Hayoz, Arthur (Hrsg.), Bern 2000.
- Bert, Peter*: Ein harter Brexit für die justizielle Zusammenarbeit in Zivil- und Handelssachen, veröffentlicht am 27. Dezember 2020, <<https://www.zpoblog.de/ein-harter-brexit-fuer-die-justizielle-zusammenarbeit-in-zivil-und-handelssachen/>>.
- Blackaby, Nigel / Partasides, Constantine / Redfern, Alan / Hunter, Martin*: Redfern and Hunter on international arbitration, 6. Aufl., Oxford 2015.
- : Redfern and Hunter on international arbitration, 5. Aufl., Oxford 2009.
- Blair, William*: Contemporary Trends in the Resolution of International Commercial and Financial Disputes – Durham University, Institute of Commercial and Corporate Law Annual Lecture 2016 (ICCL Lecture 2016) 2016, S. 1–14.
- Böckstiegel, Karl-Heinz*: Zu gegenwärtigen Perspektiven der deutschen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in: Ebke, Werner F. / Olzen, Dirk / Sandrock, Otto (Hrsg.), Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag, Frankfurt am Main 2015, S. 29–40.
- Born, Gary*: International arbitration – Law and practice, Alphen aan den Rijn 2016.
- : International arbitration and forum selection agreements – Drafting and enforcing, The Hague 2016.
- Bosco, David*: New French Law of Obligations and Restrictive Practices: Observations on the Issue of “Unfair Terms”, in: Bloch, Cyril / Cerati-Gauthier, Adeline / Perruchot-Triboulet, Vincent (Hrsg.), L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires – The influence of the new French law of obligations on business law, Paris 2018, S. 201–208.
- Brachert, Sebastian / Dietzel, Andreas*: Deutsche AGB-Rechtsprechung und Flucht ins Schweizer Recht – Quod licet Iovi, non licet bovi –, Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht 2005, S. 441.
- Briggs, Adrian*: Brexit and Private International Law: An English Perspective, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 2/2019, S. 261–283.

- Brödermann, Eckart*: Choice of Law and Choice of UPICC Clauses in the Shadow of the Dispute Resolution Clause – Fundamental Aspects of Developing a Coherent Basis for Cross-Border Contracts, *Hamburg Law Review* 2016, S. 21–51.
- Brödermann, Eckart / Rosengarten, Joachim / Klingel, Katharina (Hrsg.): Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (IPR/IZVR) – Anleitung zur systematischen Fallbearbeitung (einschließlich schiedsrechtlicher Fälle), 8. Aufl., München 2019.
- Bundesarbeitskreis Christlich Demokratischer Juristen (BACDJ)*: Rechtspolitisches Programm des BACDJ zur Bundestagswahl 2017 – Das Recht sichert die Freiheit – Die Aufgaben eines starken Rechtsstaates in unsicheren Zeiten, 2017, <https://archiv.edu.de/system/tdf/media/dokumente/bacdj/rechtspolitisches_programm_des_bacdj_stand_2_0.03.2017.pdf?file=1>.
- Burbidge, Peter*: Black holes at the heart of European contract law? – Exclusion clauses in international supply contracts under section 26 and 27 Unfair Contract Terms Act 1977, *International Company and Commercial Law Review* 2012, S. 105–116.
- Burrows, Andrew S. (Hrsg.): *Oxford Principles of English Law – English private law*, 3. Aufl., Oxford / New York 2013.
- Cartwright, John*: *Contract Law – An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford and Portland (Oregon), 3. Aufl. 2016.
- Chorus, Jeroen M. J. / Hondius, Ewoud H. / Voermans, Wim*: *Introduction to Dutch law*, 5. Aufl., Alphen aan den Rijn 2016.
- Coase, R. H.*: The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics* 1960, S. 1–44.
- Coester, Michael*: Comment on Vogenauer, in: Eidenmüller, Horst (Hrsg.), *Regulatory competition in contract law and dispute resolution – [edited versions of papers presented during an international conference at Ludwig-Maximilians-University in Munich from 13 to 15 October 2011]*, München 2013, S. 285–286.
- Cordero Moss, Giuditta*: *International commercial contracts – Applicable sources and enforceability*, Cambridge 2014.
- Courts and Tribunals Judiciary*: *Becoming a judge*, <<https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/judges-career-paths/becoming-a-judge/>>.
- Cuniberti, Gilles*: The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws, *Northwestern Journal of International Law & Business* 34 (2014), S. 455–517.
- Czernich, Dietmar*: Die Rom I-VO als Grundlage für die Anwendung von Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte – Eine Kehrtwende, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2016, S. 701–707.
- Dauner-Lieb, Barbara*: Vertragsfreiheit zwischen Unternehmen: AGB-Recht ihr Garant oder ihr Totengräber? – Ein Aufruf an den neuen Deutschen Bundestag zur Reform des AGB-Rechts, *Anwaltsblatt* 2013, S. 845–849.
- Dauner-Lieb, Barbara / Axer, Constantin*: Quo vadis AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2010, S. 309–314.
- De Miguel Asensio, Pedro A.*: The Rome I and Rome II Regulations in International Commercial Arbitration, in: Ferrari, Franco (Hrsg.), *The impact of EU law on international commercial arbitration*, Huntington, New York, USA 2017, S. 177–243.
- Deutscher Anwaltverein*: Rechtsstandort Deutschland stärken, *Anwaltsblatt* 2017, S. 874.
- : Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehr, *Deutsches Recht stärken – Stellungnahme des Zivilrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins*, *Anwaltsblatt* 2012, S. 402–407.

- Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws, Collins of Mapesbury, Lord / Harris, Jonathan (Hrsg.), 15. Aufl., London 2012.
- Dickinson, Andrew*: Walking Solo – A New Path for the Conflict of Laws in England, veröffentlicht am 4. Januar 2021, <<https://conflictoflaws.net/2021/walking-solo-a-new-path-for-the-conflict-of-laws-in-england/>>.
- : Close the Door on Your Way Out, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2017, S. 539–568.
- : Back to the future: the UK’s exit and the conflict of laws, Journal of Private International Law 2016, S. 195–210.
- Dutta, Anatol*: Gleichlauf von forum und ius – ein legitimes Ziel des internationalen Privatrechts?, in: Benicke, Christoph / Huber, Stefan (Hrsg.), National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht – Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2020, S. 51–60.
- Ehle, Bernd / Brunschweiler, André*: Schweizer AGB-Recht im Umbruch – Ein rechtsvergleichender Überblick, Recht der internationalen Wirtschaft 2012, S. 262–271.
- Eichel, Florian*: Zur Rolle des Streithelfers bei der Begründung grenzüberschreitender Sachverhalte als Voraussetzung Europäischen Zivilverfahrensrechts (zu EuGH, 22.11.2018 – Rs. C-627/17 – ZSE Energia), Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2020, S. 7–12.
- Eidenmüller, Horst*: Recht als Produkt, Juristenzeitung 2009, S. 641–653.
- Eidenmüller, Horst / Jansen, Nils / Kieninger, Eva-Maria / Wagner, Gerhard / Zimmermann, Reinhard*: Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrechts, Juristenzeitung 2012, S. 269–289.
- Eisenberg, Theodore / Miller, Geoffrey*: Ex Ante Choices of Law and Forum: An Empirical Analysis of Corporate Merger Agreements, Vanderbilt Law Review 2006, S. 1975–2013.
- Elsing, Siegfried H. / Shchhavelev, Alexander*: Die neue DIS-Schiedsordnung 2018, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2018, S. 461–473.
- Engert, Andreas*: Regelungen als Netzgüter – Eine Theorie der Rechtsvereinheitlichung im Vertragsrecht, Archiv für die civilistische Praxis 213 (2013), S. 321–365.
- Erman BGB, „Handkommentar mit AGG, EGBGB, ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG, WEG und ausgewählten Rechtsquellen des IPR“, Grunewald, Barbara / Maier-Reimer, Georg / Westermann, Harm Peter (Hrsg.), 16. Aufl., Köln 2020.
- FAZ-Wirtschaftsressort*: Die Wirtschaft klagt über zu wenig Vertragsfreiheit – Verbände fordern eine Lockerung des Rechts zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 17.12.2018, S. 17.
- Fentiman, Richard*: International commercial litigation, 2. Aufl., Oxford 2015.
- Ferrari, Franco (Hrsg.): Rome I Regulation – Pocket Commentary, München 2015.
- Ferrari, Franco / Kieninger, Eva-Maria / Mankowski, Peter / Otte, Karsten / Saenger, Ingo / Schulze, Götz / Staudinger, Ansgar (Hrsg.): Internationales Vertragsrecht – Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ, Kommentar, 3. Aufl., München 2018.
- Fleischer, Holger / Danninger, Nadja*: Handelsgerichte in Frankreich und Deutschland zwischen Tradition und Innovation – Status quo und zukünftige Perspektiven im Rechtsvergleich, Recht der internationalen Wirtschaft 2017, S. 549–557.

- : Die Kammer für Handelssachen: Entwicklungslinien und Zukunftsperspektiven, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (2017), S. 205–2014.
- Fondation pour le droit continental / Durand-Barthez, Pascal / Lenglard, François*: Choisir son droit – Conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux, Paris 2012.
- Freitag, Robert*: Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2009, S. 108–116.
- Furrer, Andreas / Girsberger, Daniel / Siehr, Kurt*: Internationales Privatrecht. Allgemeine Lehren, SPR Bd. XI/1, Basel 2008.

- Gaillard, Emmanuel*: The role of the arbitrator in determining the applicable law, in: Newman, Lawrence W. / Hill, Richard D. (Hrsg.), The leading arbitrators' guide to international arbitration, 3. Aufl., Huntington N.Y. 2014, S. 437–467.
- Genzow, F. Christian*: Der Reformvorschlag von Prof. Dr. Lars Leuschner für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr unter dem Blickpunkt des Vertriebsrechts, Internationales Handelsrecht, Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und Warenvertriebs 2015, S. 133–138.
- Gößling, Sebastian*: Europäisches Kollisionsrecht und internationale Schiedsgerichtsbarkeit – Die Bedeutung der Rom I-Verordnung bei der Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts durch internationale Handelsschiedsgerichte mit Sitz in der EU, Tübingen 2019.
- Graf von Westphalen, Friedrich*: Nachdenkliches zu „Law – Made in Germany“, Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht 2019, S. 193–194 (Editorial).
- : AGB-Recht im zweiten Halbjahr 2017, Neue Juristische Wochenschrift 2018, S. 1520–1523.
- : Reformvorhaben der Koalition zum AGB-Recht bei innovativen Geschäftsmodellen auf dem Prüfstand, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2018, S. 1101–1113.
- : Gegen eine Lockerung der Regeln des AGB-Rechts im unternehmerischen Verkehr, Transportrecht 2018, S. 268–276.
- : Schwellenwert und Neuregelung einer vertraglichen Haftungsbegrenzung – ist das der Königsweg einer Reform des AGB-Rechts?, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2015, S. 1316–1326.
- : Der angebliche „Standortnachteil“ des deutschen Rechts aufgrund des AGB-Rechts – Analyse der Fallbeispiele der Reformer, Betriebs-Berater 2013, S. 67–72.
- : Die Begründungslast der Reformer des AGB-Rechts, Betriebs-Berater 2012, S. 1.
- : Stellen vs. Aushandeln von AGB-Klauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr – der BGH weist die Lösung – Zugleich Besprechung BGH v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, ZIP 2010, 628, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, S. 1110–1115.
- : Wider die angebliche Unattraktivität des AGB-Rechts, Betriebs-Berater 2010, S. 195–202.
- : 30 Jahre AGB-Recht – Eine Erfolgsbilanz – Zugleich Stellungnahme zu Berger, Abschied von der Privatautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, ZIP 2006, 2149, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, S. 149–158.
- Graf von Westphalen, Friedrich / Thüsing, Gregor* (Hrsg.): Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 44. Ergänzung, November 2019, München 2020.
- Grimm, Alexander*: Applicability of the Rome I and II Regulations to International Arbitration, Zeitschrift für Schiedsverfahren 2012, S. 189–200.

- Grolimund, Pascal*: AGB in Unternehmensverträgen, in: Brunner, Alexander / Schnyder, Anton K. / Eisner-Kiefer, Andrea (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich u. a. 2014, S. 227–238.
- Gross, Peter (Sir)*: A good forum to shop in: London and English law post-Brexit, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 2018, S. 222–233.
- Häcker, Birke*: La Troisième Jeunesse du Code Civil – A German Lawyer Looks at the Reform of French Contract Law, in: Cartwright, John / Whittaker, Simon (Hrsg.), The Code Napoléon Rewritten – French Contract Law after the 2016 Reforms, Oxford and Portland (Oregon) 2017, S. 387–407.
- Hagedorn, Axel / Tervoort, Adrianus*: Niederländisches Wirtschaftsrecht, Frankfurt am Main 2017.
- Hamann, Hanjo / Hoeft, Leonard*: Die empirische Herangehensweise im Zivilrecht – Lebensnähe und Methodenehrlichkeit für die juristische Analytik?, *Archiv für die civilistische Praxis* 217 (2017), S. 311–336.
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK),
- Internationales Privatrecht (Art. 1–200 IPRG), Furrer, Andreas / Girsberger, Daniel / Müller-Chen, Markus (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich u. a. 2016.
 - Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1 – 183 OR), Furrer, Andreas / Schnyder, Anton K. (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich u. a. 2016.
- Hartenstein, Olaf*: Das IPR der Schiedsgerichte (§ 1051 ZPO), *Transportrecht* 2010, S. 261–268.
- Hartkamp, A. S.*: Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht, *Archiv für die civilistische Praxis* 191 (1991), S. 396–410.
- Hayo, Bernd / Voigt, Stefan*: The Relevance of Judicial Procedure for Economic Growth, *CESifo Economic Studies* 2014, S. 490–524.
- Herber, Rolf*: AGB im Transport – Diskussion und Schlussbemerkungen, *Transportrecht* 2018, S. 295–297.
- : Wie lange will sich Deutschland noch ein wirtschaftsfremdes AGB-Recht leisten?, *Transportrecht* 2016, S. 1–2.
- Hess, Burkhard*: The Justice Initiative Frankfurt am Main 2017, veröffentlicht am 31. März 2017, <<http://conflictoflaws.net/2017/the-justice-initiative-frankfurt-am-main-2017-law-made-in-frankfurt/>>.
- : Back to the Past: BREXIT und das europäische internationale Privat- und Verfahrensrecht, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2016, S. 409–418.
- Hesse, Hannes*: Schiedsgerichtsbarkeit in der Investitionsgüterindustrie – eine empirische Untersuchung, in: Briner, Robert (Hrsg.), Law of international business and dispute settlement in the 21st century – Recht der internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert; Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel anlässlich seines Ausscheidens als Direktor des Instituts für Luft- und Weltraumrecht und des von ihm gegründeten Lehrstuhls für Internationales Wirtschaftsrecht, Köln 2001, S. 277–289.
- Hobeck, Paul*: Zum „Aushandeln“ einer Vertragsbestimmung in Verträgen zwischen Unternehmen – Bericht und Anmerkung zu Internationaler Schiedsgerichtshof der ICC, Zwischen- und Teilschiedsspruch vom 29. Januar 2001 – Schiedsverfahren Nr. 10279, *Zeitschrift für Schiedsverfahren* 2005, S. 108–112.
- Hoffmann, Hermann*: Von „Law – Made in Germany“ zu „Commercial Litigation in Germany“ – Impulse für eine Verbesserung der Justiz im internationalen Handelsrecht, *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht* 2018, S. 58–62.

Horn, Norbert: Zwingendes Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Zeitschrift für Schiedsverfahren 2008, S. 209–222.

Huguenin, Claire: Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012.

Huth, Elise: Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung geltender Gewohnheiten und Gebräuche, Berlin 2017.

Initiative pro AGB-Recht (Zentralverband des Deutschen Handwerks e.V., Berlin / Markenverband e.V., Berlin / Deutscher Bauernverband e.V., Berlin/u. v. W.): „Position: Standortvorteil AGB-Recht Fair, Rechtssicher, Innovationsfördernd“, Februar 2019, <<http://www.pro-agb-recht.de/>>.

–: „Allgemeine Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmern – Gemeinsame Erklärung“, April 2013, <<http://www.pro-agb-recht.de/presse/pm0413.pdf>>.

–: „Mittelstand gegen Änderungen des AGB-Rechts“, Gemeinsame Pressemitteilung anlässlich des Deutschen Juristentages, Verbändeбündnis warnt vor Wettbewerbsverzerrung beim Vertragsrecht, 2012 (September), <<http://www.pro-agb-recht.de/presse/pm18092012.pdf>> und <http://www.markenverband.de/pressebereich/archiv2012/pm_gempmproagbrecht/gempmproagbrecht18092012>.

Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts/Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts: Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr, April 2015, <https://www.zvei.org/fileadmin/user_upload/Themen/Maerkte_Recht/Allgemeine_Geschaeftsbedingungen_im_unternehmerischen_Geschaeftsverkehr/pdf/AGB-Initiative-Positionspapier-Stand-04-2015.pdf>.

Jahn, Joachim: Firmen fordern von Politik und Justiz Vertragsfreiheit – Ärger mit Kontrolle durch die Gerichte, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 27.1.2012.

Juris Praxiskommentar BGB (jurisPK-BGB), Band 6 – Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht, Herberger, Maximilian / Martinek, Michael / Rüßmann, Helmut / Weth, Stephan / Würdinger, Markus (Hrsg.), 9. Aufl., Saarbrücken 2020 (Stand: 1.3.2020).

Kappus, Andreas: Der „steinige Weg“ des AGB-Verwenders zur Individualvereinbarung – Mietverträge im Fokus, Neue Juristische Wochenschrift 2016, S. 33–36.

Kaufhold, Sylvia: „Echte“ und „unechte“ AGB in der Klauselkontrolle – Vertragsgestaltung mittels (vor-)formulierter Vertragsbedingungen, Betriebs-Berater 2012, S. 1235–1241.

Kegel, Gerhard / Schurig, Klaus: Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München 2004.

Kern, Christoph / Bettinger, Jasmin: Schuldrechtsmodernisierung in der Schweiz? – Der Entwurf Obligationenrecht 2020, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2014, S. 562–583.

Kessel, Christian / Stomps, Andreas: Haftungsklauseln im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern – Plädoyer für eine Änderung der Rechtsprechung, Betriebs-Berater 2009, S. 2666–2675.

Kieninger, Eva-Maria: AGB bei B2B-Verträgen: Rückbesinnung auf die Ziele des AGB-Rechts – Konkrete Perspektiven für eine Änderung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Anwaltsblatt 2012, S. 301–307.

–: Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt – Studien zur Privatrechtskoordinierung in der Europäischen Union auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts, Tübingen 2002.

- Klein, Christian*: Länderreport Frankreich, Recht der internationalen Wirtschaft 2020, S. 26–30.
- : Länderreport Frankreich, Recht der internationalen Wirtschaft 2017, S. 38–42.
- : Die Vertragsrechtsreform in Frankreich, Recht der internationalen Wirtschaft 2016, S. 328–331.
- : Länderreport Frankreich, Recht der internationalen Wirtschaft 2016, S. 46–49.
- Koch, Raphael*: Das AGB-Recht im unternehmerischen Verkehr: Zu viel des Guten oder Bewegung in die richtige Richtung?, Betriebs-Berater 2010, S. 1810–1815.
- Koester, Martina*: Die Woche im Blick, Wirtschaftsrecht – LG Frankfurt: Englischsprachige Kammer für Handelssachen ab Januar 2018, Betriebs-Berater 2017, S. 2689.
- Kondring, Jörg*: Law Made in Germany und das deutsche AGB-Recht, Recht der internationalen Wirtschaft 2012, I.
- : Flucht vor dem deutschen AGB-Recht bei Inlandsverträgen – Gedanken zu Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO und § 1051 ZPO, Recht der internationalen Wirtschaft 2010, S. 184–191.
- Kötz, Hein*: Risikoverteilung im Vertragsrecht, Juristische Schulung 2018, S. 1–10.
- : The Jurisdiction of Choice: England and Wales or Germany?, European Review of Private Law 2010, S. 1243–1257.
- : Deutsches Recht und Common Law im Wettbewerb – Law – Made in Germany: Wirklich ein Vorteil für Unternehmen?, Anwaltsblatt 2010, S. 1–7.
- : Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, Juristische Schulung 2003, S. 209–214.
- Kramer, Ernst A.*: Konzeptionsfragen zur Vertragsinhaltskontrolle, Revue de droit suisse Band 137 (2018), S. 295–325.
- Kramer, Ernst A. / Probst, Thomas / Perrig, Roman (Hrsg.): Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016.
- Kramer, Xandra*: EU Overriding Mandatory Law and the Applicable Law on the Substance in International Commercial Arbitration, in: Ferrari, Franco (Hrsg.), The impact of EU law on international commercial arbitration, Huntington, New York, USA 2017, S. 285–316.
- Kreindler, Richard H. / Schäfer, Jan K. / Wolff, Reinmar*: Schiedsgerichtsbarkeit – Kompendium für die Praxis, Frankfurt am Main 2006.
- Kröll, Stefan*: Die Entwicklung des Schiedsrechts 2016, Neue Juristische Wochenschrift 2017, S. 864–867.
- Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas A. / Perales Viscasillas, María del Pilar (Hrsg.): UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – A commentary, München u. a. 2018.
- Kropholler, Jan*: Internationales Privatrecht, 6. Aufl., Tübingen 2006.
- Lein, Eva / McCorquodale, Robert / McNamara, Lawrence, Kupelyants, Hayk/del Rio, José*: Factors Influencing International Litigants’ Decisions to Bring Commercial Claims to the London Based Courts – Ministry of Justice Analytical Series 2015, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/396343/factors-influencing-international-litigants-with-commercial-claims.pdf>.
- Lenkaitis, Karlheinz / Löwisch, Stephan*: Zur Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr: Ein Plädoyer für eine dogmatische Korrektur, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, S. 441–450.

- Leuschner, Lars*: Die Kontrollstrenge des AGB-Rechts – Empirische Belege für eine systematische Fehleinschätzung in der unternehmerischen Praxis, *Neue Juristische Wochenschrift* 2016, S. 1222–1225.
- : Noch einmal: Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr – Replik zum Beitrag von Graf von Westphalen, Schwellenwert und Neuregelung einer vertraglichen Haftungsbegrenzung – ist das der „Königsweg“ einer Reform des AGB-Rechts?, *ZIP* 2015, 1316, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2015, S. 1326–1332.
- : Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2015, S. 1045–1052.
- Leuschner, Lars / Meyer, Frederik*: Zur Bedeutung der §§ 305 ff. BGB in Schiedsverfahren: Ergebnisse einer empirischen Untersuchung durch Befragung von Experten der Schiedsgerichtsbarkeit, *Zeitschrift für Schiedsverfahren* 2016, S. 156–160.
- : AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen – Unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen. Forschungsprojekt im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, 2014, abrufbar unter: <http://www.bmjuv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht-AGB-Forschungsprojekt.pdf?__blob=publicationFile>.
- Leyens, Patrick C. / Schäfer, Hans-Bernd*: Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen – Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, *Archiv für die civilistische Praxis* 210 (2010), S. 771–803.
- Lieberman, Marvin B. / Montgomery, David B.*: First-Mover Advantages, *Strategic Management Journal* 1988, S. 41–58.
- Limperg, Bettina*: „Polizei, Verfassungsschutz und Justiz brauchen Verbindungsdaten“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 20.3.2015, S. 4.
- Lischek, Jan / Mahnken, Volker*: Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen und AGB – Anmerkungen aus der Sicht der Praxis – Zugleich Stellungnahme zu Graf von Westphalen, 30 Jahre AGB-Recht – Eine Erfolgsbilanz, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007, S. 158–163.
- Lord Reed*: Comparative Law in the Supreme Court of the United Kingdom, *Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 2018, S. 563–575.
- Lorenz, Stephan*: Grundwissen – Zivilrecht: Neuregelung im Gewährleistungsrecht zum 1.1.2018, *Juristische Schulung* 2018, S. 10–13.
- Magnus, Ulrich*: UN-Kaufrecht – Aktuelles zum CISG, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2017, S. 140–164.
- Maier-Reimer, Georg*: AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr – Der BGH überdreht die Schraube, *Neue Juristische Wochenschrift* 2017, S. 1–6.
- Maier-Reimer, Georg / Niemeyer Christoph*: Unternehmenskaufvertrag und AGB-Recht, *Neue Juristische Wochenschrift* 2015, S. 1713–1719.
- Mak, Vanessa*: Unfair Commercial Practices and Dutch Private Law, *Journal of European Consumer and Market Law* 2015, S. 246–250.
- Mankowski, Peter*: Brexit und Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht-Sonderausgabe* 1/2020, S. 3–13.
- : Schiedsgerichte und die Rom I-VO, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2018, S. 1–19.
- : Rechtskultur, Tübingen 2016.
- : The Role of Party Autonomy under the Brussels Ibis Regulation, *Hamburg Law Review* 2016, S. 52–77.

- : Artikel 6 CISG und Abbedingung der CISG, in: Mankowski, Peter / Wurmnest, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 255–271.
- : Rom I-VO und Schiedsverfahren, Recht der internationalen Wirtschaft 2011, S. 30–44.
- : Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im Lichte der Spieltheorie, in: Eger, Thomas / Bigus, Jochen / Ott, Claus / Wangenheim, Georg von (Hrsg.), Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse Internationalization of the Law and its Economic Analysis – Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag, Wiesbaden 2008, S. 369–383.
- : Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, Internationales Handelsrecht, Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und Warenvertriebs 2008, S. 133–152.
- : Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs, Recht der internationalen Wirtschaft 2003, S. 2–15.
- Mankowski, Peter / Hölscher, Marie-Thérèse / Gerhardt, Till*: § 38 Rechtsschutz im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit, in: Rengeling, Hans-Werner / Middeke, Andreas / Gellermann, Martin (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2014.
- McGuire, Mary-Rose*: Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahrensrecht? Über das Verhältnis zwischen der Rom-I-VO und § 1051 ZPO, Zeitschrift für Schiedsverfahren 2011, S. 257–267.
- Merrett, Louise / Sommerfeld, Antonia*: Incentives for Choice of Law and Forum in Commercial Contracts: Predicting the Impact of Brexit, European Review of Private Law 2020, S. 627–664.
- Meyer, Justus*: UN-Kaufrecht in der deutschen Anwaltspraxis, *Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 2005, S. 457–486.
- Michaels, Ralf*: Die Struktur der kollisionsrechtlichen Durchsetzung einfach zwingender Normen, in: Michaels, Ralf / Solomon, Dennis (Hrsg.), *Liber amicorum Klaus Schurig – Zum 70. Geburtstag*, München 2012, S. 191–210.
- Mistelis, Loukas A.*: Arbitral Seats – Choices and Competition – Chapter 19, in: Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas A. / Perales Viscasillas, Pilar / Rogers, Vikki M. (Hrsg.), *International Arbitration and International Commercial Law – Synergy, Convergence and Evolution*, Alphen aan den Rijn 2011, S. 363–379.
- Morgan, Jonathan*: *Great Debates in Contract Law*, 2. Aufl., London 2015.
- : *Contract Law Minimalism – A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*, Cambridge 2013.
- Müller, Werner*: Für eine Lockerung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, *Transportrecht* 2018, S. 276–283.
- : Endlich! Die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr steht auf dem Prüfstand, *Betriebs-Berater* 2018, I.
- : Zu viel Kontrolle des Kleingedruckten – Rechtsprechung kippt zu viele Klauseln bei Verträgen zwischen Unternehmen, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 06.12.2017, S. 18.
- : Plädoyer für eine weniger starre AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr am Beispiel des Gewerberaummietrechts, *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* 2016, S. 185–192.
- : BGH: Weiterhin starre AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr – Anm. zu BGH, Urteil vom 22.11.2012 – VII ZR 222/12, *Fachdienst Zivilrecht – Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring* 2013, 342776.

- Müller, Werner / Griebeler, Carsten / Pfeil, Julia: Für eine maßvollere AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, *Betriebs-Berater* 2009, S. 2658–2665.
- Müller, Werner / Schilling, Werner: AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr – eine rechtsvergleichende Betrachtung, *Betriebs-Berater* 2012, S. 2319–2324.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Säcker, Franz Jürgen / Riexecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.),
- Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, 8. Aufl., München 2019.
 - Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München 2016.
 - Band 4, Schuldrecht – Besonderer Teil I, §§ 443–534, Finanzierungsleasing, CISG, 8. Aufl. 2019.
 - Band 12, Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50–253), 7. Aufl., München 2018.
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Schmidt, Karsten (Hrsg.),
- Band 5, Viertes Buch Handelsgeschäfte, Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG, 4. Aufl., München 2018.
 - Band 7, Transportrecht, 4. Aufl., München 2020.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Krüger, Wolfgang / Rauscher, Thomas (Hrsg.), Band 3, §§ 946–1117, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht, 5. Aufl., München 2017.
- Musielak, Hans-Joachim / Voit, Wolfgang (Hrsg.): Zivilprozessordnung – Mit Gerichtsverfassungsgesetz, 16. Aufl., München 2019.
- Niggemann, Friedrich: AGB-Kontrolle im kaufmännischen Geschäftsverkehr nach der Reform des französischen Code Civil?, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2018, S. 658–664.
- Nueber, Michael: Nochmals: Schiedsgerichtsbarkeit ist vom Anwendungsbereich der ROM I-VO nicht erfasst, *Zeitschrift für Schiedsverfahren* 2014, S. 186–190.
- Nyarko, Julian: We'll See You in ... Court! The Lack of Arbitration Clauses in International Commercial Contracts, *International Review of Law and Economics* 2019, S. 6–24.
- O'Hara, Erin A. / Ribstein, Larry E.: *The Law Market*, Oxford 2009.
- O'Hara O'Connor, Erin A.: Jurisdictional Competition for Dispute Resolution: Court versus Arbitration, in: Eidenmüller, Horst (Hrsg.), *Regulatory competition in contract law and dispute resolution – [edited versions of papers presented during an international conference at Ludwig-Maximilians-University in Munich from 13 to 15 October 2011]*, München 2013, S. 427–441.
- Ostendorf, Patrick: Wirksame Wahl ausländischen Rechts auch bei fehlendem Auslandsbezug im Fall einer Schiedsgerichtsvereinbarung und ausländischem Schiedsort?, *Zeitschrift für Schiedsverfahren* 2010, S. 234–243.
- Ostendorf, Patrick / Neumann, Nils / Ventsch, Verena: Möglichkeiten und Grenzen von Haftungsbeschränkungen in internationalen Lieferverträgen zwischen Unternehmern, *Internationales Handelsrecht, Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und Warenvertriebs* 2006, S. 21–25.
- O'Sullivan, Janet: *O'Sullivan & Hilliard's The law of contract*, Oxford 2018.

- Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch – Mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie EU-Güterrechtsverordnungen, Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Unterlassungsklagengesetz (PalHome), Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz (PalHome), Gewaltschutzgesetz, 80. Aufl., München 2021.
- : Bürgerliches Gesetzbuch – Mit Nebengesetzen, insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, 74. Aufl., München 2015.
- Peters, Anne*: Wettbewerb von Rechtsordnungen, in: Peters, Anne / Giegerich, Thomas / Hatje, Armin (Hrsg.), Gemeinwohl durch Wettbewerb? – Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Graz vom 7. bis 10. Oktober 2009, Berlin u. a. 2010.
- Pfeiffer, Thomas*: Brexit und Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Deutsche Richterzeitung 2020, S. 138–141.
- : Der Brexit und die Chancen der deutschen Justiz, Betriebs-Berater 2017, H. 50, I.
- : Die Abwahl des deutschen AGB-Rechts in Inlandsfällen bei Vereinbarung eines Schiedsverfahrens, Neue Juristische Wochenschrift 2012, S. 1169–1174.
- : Flucht ins schweizerische Recht? Zu den AGB-rechtlichen Folgen der Wahl schweizerischen Rechts, in: Genzow, F. Christian (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz – Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen zum 70. Geburtstag, Köln 2010, S. 555–567.
- : Neues Internationales Vertragsrecht – Zur Rom I-VO, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2008, S. 622–629.
- Pika, Maximilian*: Die Kammer für internationale Handelssachen – Eine einmalige Chance nach dem Brexit, Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht 2016, S. 206–209.
- Piltz, Burghard*: Praktische Handreichung für die Gestaltung internationaler Kaufverträge – Vorteile des UN-Kaufrechts gegenüber nationalem Recht, Neue Juristische Wochenschrift 2012, S. 3061–3066.
- Podszun, Rupprecht / Rohner, Tristan*: Initiative der Landesjustizminister für „Commercial Courts“, Zeitschrift für Rechtspolitik 2019, S. 190–193.
- : Nach dem Brexit: Die Stärkung staatlicher Gerichte für wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten, Betriebs-Berater 2018, S. 450–454.
- Poseck, Roman*: Brexit und Justizstandort Deutschland, Deutsche Richterzeitung 2017, S. 165.
- Prütting, Hanns*: Der Zivilprozess im Jahre 2030: Ein Prozess ohne Zukunft? – Faktoren in der Zukunftsdebatte: Anwälte, Richter und die ZPO, Anwaltsblatt 2013, S. 401–405.
- Quinke, David*: Börsenschiedsvereinbarungen und prozessualer Anlegerschutz, Köln 2005.
- Rabe, Dieter*: Das Unternehmensrecht braucht eine neue Architektur, welche im Gegensatz zum Verbraucherschutz nach dem AGB-Recht steht. – Ergänzende Anmerkungen zu Herber, TranspR 2016, 1 ff, Transportrecht 2016, S. 191–193.

- : Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr, *Neue Juristische Wochenschrift* 1987, S. 1978–1985.
- Rauscher, Thomas*: Internationales Privatrecht – Mit internationalem Verfahrensrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2017.
- Reithmann, Christoph / Martiny, Dieter* (Hrsg.): Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl., Köln 2015.
- Requejo, Marta*: Brexit: An Opportunity for Frankfurt to become a New Hub of Litigation, veröffentlicht am 13. März 2017, <<http://conflictoflaws.net/2017/brexit-an-opportunity-for-frankfurt-to-become-a-new-hub-of-litigation-in-europe/>>.
- Rogerson, Pippa*: Litigation post-Brexit – After Brexit: is international commercial litigation in London doomed?, *The New Law Journal*, Volume 166 (2016), 16/12/16.
- Rosenfeld, Friedrich*: The Rome Regulations in International Arbitration: The Road Not Taken, in: Ferrari, Franco (Hrsg.), *The impact of EU law on international commercial arbitration*, Huntington, New York, USA 2017, S. 245–283.
- Rühl, Giesela*: Im Schatten des Brexit-Abkommens – Perspektiven für das Internationale Privat- und Verfahrensrecht, *Neue Juristische Wochenschrift* 2020, S. 443–447.
- : Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht – Zur Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr, in: Dutta, Anatol / Heinze, Christian (Hrsg.), „Mehr Freiheit wagen“ – Beiträge zur Emeritierung von Jürgen Basedow, Tübingen 2018, S. 33–53.
- : Building Competence in Commercial Law in the Member States – Legal and Parliamentary Affairs – Study for the JURI Committee, September 2018, <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes / STUD/2018/604980/IPOL_STU\(2018\)604980_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes / STUD/2018/604980/IPOL_STU(2018)604980_EN.pdf)>.
- : Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters after Brexit: Which Way Forward?, *International and Comparative Law Quarterly* 2018, S. 99–128.
- : Die Wahl englischen Rechts und englischer Gerichte nach dem Brexit, *Zur Zukunft des Justizstandorts England*, *Juristenzeitung* 2017, S. 72–82.
- : Brexit: Chance für den Justizstandort Deutschland, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2016, S. 761–762.
- Rühl, Wolfgang*: AGB im Transport – Einführung, *Transportrecht* 2018, S. 265–268.
- Samuelson, William / Zeckhauser, Richard*: Status Quo Bias in Decision Making, *Journal of Risk and Uncertainty* 1988, S. 7–59.
- Schäfer, Christoph*: Anerkannt, gut und bewährt – eine Analyse des Kampfs um das „Kleingedruckte“, *Betriebs-Berater* 2012, S. 1231–1234.
- Schäfer, Hans-Bernd / Ott, Claus*: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl., Berlin 2005.
- Schilf, Sven*: Römische IPR-Verordnungen – kein Korsett für internationale Schiedsgerichte, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2013, S. 678–692.
- Schlechtriem, Peter / Schwenger, Ingeborg / Schroeter, Ulrich G.* (Hrsg.): Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG) – Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, 7. Aufl., München 2019.
- Schlosser, Peter F.*: Comment on O'Hara O'Connor, in: Eidenmüller, Horst (Hrsg.), *Regulatory competition in contract law and dispute resolution – [edited versions of papers presented during an international conference at Ludwig-Maximilians-University in Munich from 13 to 15 October 2011]*, München 2013, S. 442–446.
- Schnyder, Anton K.*: Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, in: Brunner, Alexander / Schnyder, Anton K. / Eisner-Kiefer, Andrea (Hrsg.), *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht*, Zürich u. a. 2014, S. 39–81.

- Schroeter, Ulrich G. / Nemeček, Heinrich:* „Brexit“, aber „rEEAmain“? Die Auswirkungen des EU-Austritts auf die EWR-Mitgliedschaft des Vereinigten Königreichs, *Juristenzeitung* 2017, S. 713–718.
- Schulte-Nölke:* No Market for 'Lemons': On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts, *European Review of Private Law* 2015, S. 195–216.
- Schütze, Rolf A.:* Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl., München 2016.
- : Kollisionsrechtliche Probleme der Schiedsvereinbarung, insbesondere der Erstreckung ihrer Bindungswirkung auf Dritte, *Zeitschrift für Schiedsverfahren* 2014, S. 274–278.
- Schwenzer, Ingeborg:* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016.
- Shaw-Mellors, Adam:* Negligence construction: does anything remain of Canada Steamship?, *Journal of Business Law* 2017, S. 610–616.
- Soergel, Hs. Th. (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 4: Schuldrecht 2 §§ 305–310 BGB, 13. Aufl., Stuttgart 2019.
- Solimine, Michael E.:* The Law and Economics of Conflict of Laws – Review of *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*. Michael J. Whincop and Mary Keyes. Foreword by Richard A. Posner. Burlington, VT: Ashgate Publishing, 2001, in: O'Hara, Erin A. (Hrsg.), *Economics of conflict of laws*, I, Cheltenham 2007, S. 65–83.
- Söllner, René:* Die wirtschaftliche Bedeutung kleiner und mittlerer Unternehmen in Deutschland, *Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik* 2014, S. 40–51.
- Sommerfeld, Antonia:* Keine Inhaltskontrolle von vorformulierten Klauseln in Vertragsmustern bei fehlender Mehrverwendungsabsicht der Klausel – Anmerkung zu BGH, *Urt. v. 11.7.2019 – VII ZR 266/17, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 2020, S. 109–110.
- : Zur Inhaltskontrolle von Entgeltklauseln für Postversand und Selbstaussdruck („print@home“) von Eintrittskarten („Preisnebenabreden“) – Anm. zu BGH, *Urt. v. 23.8.2018 – III ZR 192/17, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 2018, S. 717–718.
- : Rechtsflucht ins Ausland wegen des deutschen AGB-Rechts im B2B-Verkehr? – Zugleich eine Auseinandersetzung mit einigen rechtsempirischen Studien, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2018, S. 741–747.
- : Zum individuellen Aushandeln einer Vertragsklausel (hier: Schreibtischklausel in Berufsunfähigkeitsversicherung) – Anmerkung zu: BGH, *Urt. v. 15.2.2017 – IV ZR 91/16, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 2017, S. 401–402.
- Sonnenberger, Hans Jürgen:* Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016-131 vom 10.2.2016 – Erster Teil, *Quellen der Schuldverhältnisse, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2017, S. 6–67.
- Spagnolo, Lisa:* Green Eggs and Ham: The Cisg, Path Dependence, and the behavioural Economics of Lawyers' choices of Law in International Sales Contracts, *Journal of Private International Law* 2010, S. 417–464.
- Staudinger, Julius von (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
- Buch 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 305–310; UKlaG, *AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz*, Stoffels, Markus (Hrsg.), Neubearb. Berlin 2019.
 - *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Kaiser, Dagmar (Hrsg.), Neubearb. Berlin 2018.
 - *EGBGB/Internationales Privatrecht: Einleitung zur Rom I-VO; Art 1–10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht 1)*, Magnus, Ulrich (Hrsg.), Neubearb. Berlin 2016.

- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305–310, UKlaG, Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 15. Aufl., Berlin 2013.
- Stoffel-Munck, Philippe*: The Revolution in Unfair Terms, in: Cartwright, John / Whittaker, Simon (Hrsg.), The Code Napoléon Rewritten – French Contract Law after the 2016 Reforms, Oxford and Portland (Oregon) 2017, S. 145–165.
- Stone, Peter*: Stone on private international law in the European Union, Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA 2018.
- Sturm, Wolfgang / Schulz, Michael*: Brexit – Eine Chance für den Gerichtsstandort Deutschland?, Zeitschrift für Rechtspolitik 2019, S. 71–75.
- Stürner, Michael / Krauß, Franziska*: Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren – Eine rechtstatsächliche Untersuchung, Baden-Baden 2018.
- Tercier, Pierre*: Rechtsdurchsetzung ohne Staat – Schiedsgerichtsbarkeit als Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit, in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung ohne Staat, Vorträge der Plenarsitzung und Eröffnungssitzung der 36. Tagung für Rechtsvergleichung am 14. September 2017 in Basel (2019), S. 45–63.
- Terhechte, Jörg Philipp*: Strukturen und Probleme des Brexit-Abkommens, Neue Juristische Wochenschrift 2020, S. 425–430.
- Thorn, Karsten / Thon, Marian*: Der Auslandsbezug im IPR, in: Benicke, Christoph / Huber, Stefan (Hrsg.), National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht – Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2020, S. 569–584.
- Tourangeau, Roger*: Experimental Design Considerations for testing and Evaluating Questionnaires, in: Presser, Stanley / Rothgeb, Jennifer M. / Couper, Mick P. / Lessler, Judith T. / Martin, Elizabeth / Martin, Jean / Singer, Eleanor (Hrsg.), Methods for testing and evaluating survey questionnaires, Hoboken, New Jersey 2004, S. 209–224.
- Towfigh, Emanuel V. / Petersen, Niels* (Hrsg.): Ökonomische Methoden im Recht – Eine Einführung für Juristen, Tübingen 2012.
- Triebel, Volker*: Der Kampf ums anwendbare Recht – Offener Brief eines Anwalts an die Bundesjustizministerin, Anwaltsblatt 2008, S. 305–308.
- Ulmer, Peter / Brandner, Hans Erich / Hensen, Horst-Diether*: AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum UKlaG, 12. Aufl., Köln 2016.
- Valdini, Daniel*: Gesetzesreform durch die Hintertür? Die Abwahl zwingenden Rechts durch Schiedsabreden bei Inlandssachverhalten, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2017, S. 7–12.
- Vogenaue, Stefan*: Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence, European Review of Private Law 2013, S. 13–78.
- Vogenaue, Stefan / Weatherill, Stephen*: The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law – an Empirical Contribution to the Debate, in: Vogenaue, Stefan / Weatherill, Stephen (Hrsg.), The harmonisation of European contract law – Implications for European private laws, business and legal practice, Oxford and Portland (Oregon) 2006, S. 105–148.
- Voigt, Stefan*: Are International Merchants Stupid? Their Choice of Law Sheds Doubt on the Legal Origin Theory, Journal of Empirical Legal Studies 2008, S. 1–20.
- Voser, Nathalie / Boog, Christopher*: Die Wahl des Schweizer Rechts – was man wissen sollte, Recht der internationalen Wirtschaft 2009, S. 126–139.

- Wackerbarth, Ulrich*: Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, *Archiv für die civilistische Praxis* 200 (2000), S. 45–90.
- Wagner, Gerhard*: Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb – Impulse für Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit, München 2017.
- : Privatrechtsdogmatik und ökonomische Analyse, in: Auer, Marietta / Grigoleit, Hans Christoph / Hager, Johannes / Herresthal, Carsten / Hey, Felix / Koller, Ingo / Langenbacher, Katja / Neuner, Jörg / Petersen, Jens / Riehm, Thomas / Singer, Reinhard (Hrsg.), *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert – Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, Berlin 2017, S. 281–318.
- : Dispute Resolution as a Product: Competition between Civil Justice Systems, in: Eidenmüller, Horst (Hrsg.), *Regulatory competition in contract law and dispute resolution – [edited versions of papers presented during an international conference at Ludwig-Maximilians-University in Munich from 13 to 15 October 2011]*, München 2013, S. 347–422.
- Wagner, Rolf*: Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Brexit, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2021, S. 2–15.
- Wegen, Gerhard / Asbrand, Dominik*: Nichtstaatliches Recht als Gegenstand einer Rechtswahlklausel?, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2016, S. 557–564.
- Weller, Marc-Philippe / Benz, Nina / Thomale, Chris*: Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2017, S. 250–282.
- Weller, Marc-Philippe / Thomale, Chris / Zwirlein, Susanne*: Brexit: Statutenwechsel und Acquis communautaire, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2018, S. 892–915.
- Wendland, Matthias*: Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit – Subjektive und objektive Gestaltungskräfte im Privatrecht am Beispiel der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Rechtsverkehr, Tübingen 2019.
- Whittaker, Simon*: Unfair Terms in Commercial Contracts and the Two Laws of Competition: French Law and English Law Contrasted, *Oxford Journal of Legal Studies* 2019, S. 404–434.
- : Contracts, Contract Law and Contractual Principle, in: Cartwright, John / Whittaker, Simon (Hrsg.), *The Code Napoléon Rewritten – French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford and Portland (Oregon) 2017, S. 29–55.
- Whittaker, Simon / Cartwright, John*: Introduction, in: Cartwright, John / Whittaker, Simon (Hrsg.), *The Code Napoléon Rewritten – French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford and Portland (Oregon) 2017, S. 1–14.
- Wildhaber, Isabelle*: Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr – Gefahr für die Vertragsfreiheit?, *Schweizerische Juristen-Zeitung* 2011, S. 537–545.
- Wilske, Stephan / Markert, Lars / Bräuninger, Laura*: Entwicklungen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Jahr 2017 und Ausblick auf 2018, *Zeitschrift für Schiedsverfahren* 2018, S. 134–158.
- Wimalasena, Philip*: Die Veröffentlichung von Schiedssprüchen als Beitrag zur Normbildung, Tübingen 2016.
- Wolf, Manfred / Lindacher, Walter F. / Pfeiffer, Thomas / Dammann, Jens C. (Hrsg.): *AGB-Recht – Kommentar*, 6. Aufl., München 2013.
- Wolff, Reinmar*: Empfiehlt sich eine Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts?, *Zeitschrift für Schiedsverfahren* 2016, S. 293–306.
- World Bank Group*: *Doing Business 2019 – Report – Training for Reform*, <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf>.

Worthington, Sarah: The Unique Charm of the Common Law, *European Review of Private Law* 2011, S. 345–361.

Zobel, Petra: Schiedsgerichtsbarkeit und Gemeinschaftsrecht – Im Spannungsverhältnis zwischen Integration und Exklusion, Tübingen 2005.

Zöller, Richard (Hrsg.): Zivilprozessordnung – Mit FamFG (§§ 1–185, 200–270) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EuGVVO und weiteren EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen: Kommentar, 33. Aufl., Köln 2020.

Zweigert, Konrad / Kötz, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung – Auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996.

Materialienverzeichnis

Alle Internetlinks wurden zuletzt überprüft am 30. März 2021, wenn nichts anderes zu einzelnen Links vermerkt ist.

Bericht des Statistischen Bundesamtes, „*Deutscher Außenhandel – Export und Import im Zeichen der Globalisierung*“, Ausgabe 2017, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Aussenhandel/Publikationen/Downloads-Aussenhandel/aussenhandel-welthandel-5510006159004.pdf;jsessionid=55977D3C7D9B84107CF69A198CF17C93.live721?__blob=publicationFile> (zit. Bericht des Statistischen Bundesamtes, „Deutscher Außenhandel – Export und Import im Zeichen der Globalisierung“, Ausgabe 2017).

Beschlüsse des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014, Deutscher Juristentag e.V. (djt), <https://www.djt.de/fileadmin/downloads/70/djt_70_Beschluesse_141202.pdf> (zuletzt frei verfügbar am: 20.8.2020) (zit. Beschlüsse des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014).

Beschlüsse des 69. Deutschen Juristentages, München 2012, Deutscher Juristentag e.V. (djt), <http://www.djt.de/fileadmin/downloads/69/120921_djt_69_beschluesse_web_rz.pdf> (zuletzt frei verfügbar am: 20.8.2020) (zit. Beschlüsse des 69. Deutschen Juristentages, München 2012).

Broschüre, „*England and Wales: The jurisdiction of choice*“, 2007, The Law Society of England and Wales, <<http://www.eversheds-sutherland.com/documents/LawSocietyEnglandAndWalesJurisdictionOfChoice.pdf>> (zit. Broschüre, „England and Wales: The jurisdiction of choice“, 2007).

Broschüre „*Law – Made in Germany*“, 3. Aufl. 2014, <http://www.lawmadeingermany.de/Law-Made_in_Germany_EN.pdf>, <<http://www.lawmadeingermany.de/>> (zit. Broschüre „Law – Made in Germany“, 3. Aufl. 2014).

Deutscher Bundestag: Basisinformationen über den Vorgang „Gesetz zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG)“, Dokumentations- und Informationssystem, <<http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/584/58404.html>> (zit. Deutscher Bundestag, Basisinformationen über den Vorgang „Gesetz zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG)“, Dokumentations- und Informationssystem (letzter Stand: 30.3.2021)).

Ergebnispapier, „*Plattform Industrie 4.0 – wie das Recht Schritt hält*“, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), 10/2016, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Industrie/industrie-4-0-wie-das-recht-schritt-haelt.pdf?__blob=publicationFile&v=8> (zit. Ergebnispapier, „Plattform Industrie 4.0 – wie das Recht Schritt hält“, BMWi, 10/2016).

Fachbericht des Statistischen Bundesamtes: „Export, Import, Globalisierung – Deutscher Außenhandel 2011“, <[https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00014720/AussenhandelWelthandel5510006127004\[1\].pdf;jsessionid=C6A2036F018FB6370C4399487A18727C](https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00014720/AussenhandelWelthandel5510006127004[1].pdf;jsessionid=C6A2036F018FB6370C4399487A18727C)> (zit. Fachbericht des Statistischen Bundesamtes: „Export, Import, Globalisierung – Deutscher Außenhandel 2011“).

Koalitionsvertrag vom 12. März 2018 zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, „Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land“, 2018, <<https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>> (zit. Koalitionsvertrag vom 12. März 2018 zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode).

Law Commission/Scottish Law Commission: Unfair Terms in Contracts, Report No. 292/Report No. 199, 2005, <<https://www.scotlawcom.gov.uk/files/2512/7989/6621/rep199.pdf>> (zit. Law Commission/Scottish Law Commission, Unfair Terms in Contracts, Report No. 292/Report No. 199 (2005)).

Law Commission (Consultation Paper No 166)/Scottish Law Commission (Discussion Paper No 119) – Unfair Terms in Contracts, A Joint Consultation Paper, 2002, <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11j5xou24uy7q/uploads/2015/03/cp166_Unfair_Terms_In_Contracts_Consultation.pdf> (zit. Law Commission (Consultation Paper No 166)/Scottish Law Commission (Discussion Paper No 119), Unfair Terms in Contracts, A Joint Consultation Paper (2002)).

Law Commission Report No. 69/Scottish Law Commission Rep. No. 39 – Second Report on Exemption Clauses in Contracts, 1975, <<https://www.scotlawcom.gov.uk/files/6912/7989/6586/rep39.pdf>> (zit. Law Commission Report No. 69/Scottish Law Commission Rep. No. 39, Second Report on Exemption Clauses in Contracts (1975)).

London Court of International Arbitration (LCIA): LCIA 2019 Annual Casework Report, <<https://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx>> (zit. LCIA 2019 Annual Casework Report).

–: LCIA 2018 Annual Casework Report, <<https://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx>> (zit. LCIA 2018 Annual Casework Report).

–: LCIA Facts and Figures 2017, Casework Report, <<https://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx>> (zit. LCIA Facts and Figures 2017, Casework Report).

Portland Commercial Courts Report 2020, Portland Litigation Consulting, <<https://portland-communications.com/publications/commercial-courts-report-2020/>> (zit. Portland Commercial Courts Report 2020).

Portland Commercial Courts Report 2019, Portland Litigation Consulting, <<https://portland-communications.com/wp-content/uploads/2019/05/Commercial-Courts-Report-2019.jpg>> (zit. Portland Commercial Courts Report 2019).

Portland Commercial Courts Report 2018, Portland Litigation Consulting, <<https://portland-communications.com/pdf/Portland-commercial-courts-report-2018.pdf>> (zit. Portland Commercial Courts Report 2018).

Portland Review „Who uses the Commercial Courts?“, 2017, Portland Litigation Consulting, <<https://portland-communications.com/pdf/Who-Uses-The-Commercial-Court-2017.pdf>> (zit. Portland Review „Who uses the Commercial Courts?“, 2017).

- Portland Review* „Who uses the Commercial Courts?“, 2016, Portland Litigation Consulting, <[https://portland-communications.com/pdf/Portland's%20th%20Commercial%20Courts%20report%20\(2016\).pdf](https://portland-communications.com/pdf/Portland's%20th%20Commercial%20Courts%20report%20(2016).pdf)> (zit. Portland Review „Who uses the Commercial Courts?“, 2016).
- Projet de Loi, instaurant la Brussels International Business Court* (Belgien), DOC 54 3072/001, 15.5.2018, Chambre des Représentants de Belgique, <<http://www.la.chambre.be/FLWB/PDF/54/3072/54K3072001.pdf>> (zit. *Projet de Loi, instaurant la Brussels International Business Court* (Belgien), DOC 54 3072/001, 15.5.2018).
- Queen Mary Survey* (2018), Queen Mary School of International Arbitration, 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, 2018, <[http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey--The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey--The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)> (zit. *Queen Mary Survey* (2018)).
- Queen Mary Survey* (2010), Queen Mary School of International Arbitration, 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, 2010, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf> (zit. *Queen Mary Survey* (2010)).
- „*Rechtspflege – Zivilgerichte*“ (2019), *Fachserie 10, Reihe 2.1*, Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210197004.pdf?__blob=publicationFile> (zit. „*Rechtspflege – Zivilgerichte*“ (2019), *Fachserie 10, Reihe 2.1*, Statistisches Bundesamt).
- „*Rechtspflege – Zivilgerichte*“ (2018), *Fachserie 10, Reihe 2.1*, Statistisches Bundesamt, <https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00054622/2100210187004.pdf> (zit. „*Rechtspflege – Zivilgerichte*“ (2018), *Fachserie 10, Reihe 2.1*, Statistisches Bundesamt).
- „*Rechtspflege – Zivilgerichte*“ (2017), *Fachserie 10, Reihe 2.1*, Statistisches Bundesamt, <https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00037883/2100210177004.pdf> (zit. „*Rechtspflege – Zivilgerichte*“ (2017), *Fachserie 10, Reihe 2.1*, Statistisches Bundesamt).
- „*Rechtspflege – Zivilgerichte*“ (2016), *Fachserie 10, Reihe 2.1*, Statistisches Bundesamt, <https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00032941/2100210167004.pdf> (zit. „*Rechtspflege – Zivilgerichte*“ (2016), *Fachserie 10, Reihe 2.1*, Statistisches Bundesamt).
- The Law Society, Economic Value of the Legal Services Sector*, 22 March 2016, The Law Society of England and Wales, <<https://www.lawsociety.org.uk/support-services/research-trends/a-25-billion-legal-sector-supports-a-healthy-economy/>> (zit. *The Law Society, Economic Value of the Legal Services Sector*, 2016).

Rechtsprechungsverzeichnis

EuGH

EuGH, 1.6.1999 – Rs. C-126/97, Slg. 1999, I-3055 – <i>Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV</i>	151
EuGH, 9.11.2000 – Rs. C-381/98, Slg. 2000, I-9305 – <i>Ingmar GB Ltd/Eaton Leonard Technologies, Inc.</i>	151
EuGH, 26.10.2006 – Rs. C-168/05, Slg. 2006, I-10421 – <i>Elisa María Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL</i>	151
EuGH, 6.10.2009 – Rs. C-40/08, Slg. 2009, I-9579 – <i>Asturcom Telecomunicaciones SL/Cristina Rodríguez Nogueira</i>	151
EuGH, 22.11.2018 – Rs. C-627/17 – <i>ZSE Energia, a.s./ZSE Energia CZ, s.r.o.</i>	101

Deutschland

RG, Urt. v. 8.1.1906 – I 320/05 – RGZ 62, 264–267	12, 377
RG, Urt. v. 26.10.1921 – I 123/21 – RGZ 103, 82–84	12
RG, Urt. v. 8.11.1926 – I 154/26 – RGZ 115, 218–220	12
BGH, Urt. v. 13.3.1956 – I ZR 132/54	12
BGH, Urt. v. 29.10.1962 – II ZR 31/61	12
BGH, Urt. v. 30.11.1971 – VI ZR 100/70	34
BGH, Urt. v. 24.9.1980 – VIII ZR 273/79.....	28
BGH, Urt. v. 28.10.1981 – VIII ZR 302/80	28
BGH, Urt. v. 17.5.1982 – VII ZR 316/81	39
BGH, Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 220/82	30, 37 f.
BGH, Urt. v. 23.2.1984 – VII ZR 274/82	37, 39
BGH, Urt. v. 8.3.1984 – VII ZR 349/82	32, 42, 52, 82
BGH, Urt. v. 3.7.1985 – IVa ZR 246/83.....	19, 65
BGH, Urt. v. 10.10.1985 – I ZR 124/83	30
BGH, Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86	28, 30, 32, 82
BGH, Urt. v. 27.3.1991 – IV ZR 90/90	19 f., 65
BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91	30 f., 37 f.
BGH, Urt. v. 26.1.1993 – X ZR 90/91	30
BGH, Urt. v. 28.1.1993 – I ZR 294/90	40
BGH, Urt. v. 26.10.1993 – XI ZR 42/93	101
BGH, Urt. v. 30.6.1994 – VII ZR 116/93	372
BGH, Urt. v. 19.3.1997 – VIII ZR 316/96.....	101, 103
BGH, Urt. v. 4.7.1997 – V ZR 405/96.....	27

BGH, Urt. v. 3.4.1998 – V ZR 6/97	16, 19, 65
BGH, Urt. v. 2.7.1998 – IX ZR 255/97	20
BGH, Urt. v. 16.7.1998 – VII ZR 9/97	19, 65
BGH, Urt. v. 27.3.1991 – IV ZR 90/90	19 f., 65
BGH, Urt. v. 3.11.1999 – VIII ZR 269/98	8, 19, 65
BGH, Urt. v. 25.4.2001 – VIII ZR 135/00	27
BGH, Urt. v. 27.9.2001 – VII ZR 388/00	16
BGH, Beschl. v. 24.10.2001 – VIII ARZ 1/01	30
BGH, Urt. v. 13.12.2001 – I ZR 41/99	28
BGH, Urt. v. 23.1.2003 – VII ZR 210/01	8, 19, 26, 65
BGH, Urt. v. 11.12.2003 – VII ZR 31/03	17
BGH, Urt. v. 1.2.2005 – X ZR 10/04	30
BGH, Urt. v. 6.4.2005 – VIII ZR 27/04	20
BGH, Beschl. v. 14.4.2005 – IX ZB 175/03	99 f., 103
BGH, Urt. v. 19.5.2005 – III ZR 437/04	8
BGH, Urt. v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04	8
BGH, Urt. v. 15.9.2005 – I ZR 58/03	30, 38
BGH, Urt. v. 5.10.2005 – VIII ZR 16/05	8
BGH, Versäumnisurt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06	32 f., 42
BGH, Urt. v. 20.12.2007 – III ZR 144/07	8
BGH, Beschl. v. 30.10.2008 – III ZB 17/08	157
BGH, Urt. v. 20.5.2009 – XII ZR 94/07	28
BGH, Urt. v. 9.7.2009 – Xa ZR 19/08	110
BGH, Urt. v. 19.11.2009 – III ZR 108/08	372 f.
BGH, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09	8, 18, 20, 79, 373
BGH, Urt. v. 14.3.2012 – XII ZR 44/10	39 f.
BGH, Urt. v. 25.10.2012 – VII ZR 56/11	25
BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12	4, 8, 19, 21, 25, 27, 35 f., 65
BGH, Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 162/12	20
BGH, Urt. v. 19.6.2013 – VIII ZR 183/12	32
BGH, Urt. v. 10.10.2013 – III ZR 325/12	41
BGH, Urt. v. 20.3.2014 – VII ZR 248/13	8, 22, 86
BGH, Urt. v. 8.5.2014 – III ZR 371/12	153
BGH, Urt. v. 14.1.2015 – XII ZR 176/13	41
BGH, Urt. v. 4.2.2015 – VIII ZR 26/14	40, 42
BGH, Urt. v. 22.10.2015 – VII ZR 58/14	19, 21–23
BGH, Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 26/15	8, 18, 23
BGH, Urt. v. 26.2.2016 – V ZR 208/14	36
BGH, Urt. v. 18.1.2017 – VIII ZR 263/15	39
BGH, Urt. v. 25.1.2017 – VIII ZR 249/15	34
BGH, Urt. v. 15.2.2017 – IV ZR 91/16	8, 20 f.
BGH, Beschl. v. 2.3.2017 – I ZB 42/16	156
BGH, Urt. v. 4.7.2017 – XI ZR 562/15	28, 36, 372
BGH, Urt. v. 4.7.2017 – XI ZR 233/16	23 f.
BGH, Urt. v. 13.3.2018 – XI ZR 291/16	8
BGH, Urt. v. 5.6.2018 – XI ZR 790/16	19, 65
BGH, Urt. v. 23.8.2018 – III ZR 192/17	25
BGH, Urt. v. 11.7.2019 – VII ZR 266/17	17

BAG, Urt. v. 19.5.2010 – 5 AZR 253/09.....	24
BayObLG, Beschl. v. 15.12.1999 – 4 Z Sch 23/99	156
OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 1.6.1989 – 6 U 76/88	98, 103
OLG München, Urt. v. 17.5.2006 – 7 U 1781/06.....	109, 153
OLG München, Beschl. v. 24.11.2016 – 34 SchH 5/16	153

Frankreich

<i>Chronopost</i> , Cour de Cassation com, 22.10.1996, no° 93-18632, Bull civ IV no°261.....	344 f., 350
<i>Faurecia</i> (2007), Cour de Cassation com, 13.2.2007, no° 05-17407, Bull civ 2007 IV no°43.....	345
<i>Faurecia</i> , Cour de Cassation com, 29.6.2010, no° 09-11841, Bull civ IV no° 115.....	344–346, 350
Cour d’appel de Lyon – ch. 03 A – 27.2.2020 – n° 18/08265	350
Cour d’appel de Douai – ch. 02 sect. 02 – 1.10.2020 – n° 18/05986.....	349

Österreich

OGH, 23.6.2015 – 18 OCg 1/15v.....	153
------------------------------------	-----

Schweiz

BG, 20.2.1951 – BGE 77 II 154.....	301 f.
BG, 9.11.1965 – BGE 91 II 344.....	311
BG, 24.10.1967 – BGE 93 II 317.....	311
BG, 14.9.1976 – BGE 102 II 256.....	319
BG, 21.12.1976 – BGE 102 II 401	327
BG, 2.6.1981 – BGE 107 II 161	324
BG, 21.3.1983 – BGE 109 II 24.....	311
BG, 21.6.1983 – BGE 109 II 213	302
BG, 12.7.1983 – BGE 109 II 116.....	303
BG, 6.12.1983 – BGE 109 II 452.....	302–306
BG, 18.11.1986 – BGE 112 II 450.....	322
BG, 24.10.1989 – BGE 115 II 474.....	319
BG, 28.10.1987 – BGE 113 II 424.....	320
BG, 9.4.1991 – BGE 117 II 94.....	164
BG, 12.11.1991 – BGE 117 II 609.....	311
BG, 22.6.1993 – BGE 119 II 337	320
BG, 5.8.1993 – BGE 119 II 443	302–305, 313
BG, 7.3.1996 – BGE 122 III 118.....	311
BG, 27.6.1996 – BGE 122 III 426.....	311
BG, 7.5.2002 – BGE 129 III 35	324
BG, 11.7.2002 – 4C.99/2002.....	128
BG, 28.11.2002 – 4P.135/2002	301
BG, 7.5.2004 – BGE 130 III 620.....	122–124

BG, 15.9.2004 – 4C.126/2004	322
BG, 4.10.2004 – BGE 131 III 76	120, 164
BG, 6.10.2004 – BGE 130 III 686	324
BG, 28.10.2008 – BGE 135 III 1	304–306
BG, 18.12.2008 – 4A_404/2008	327
BG, 28.1.2009 – BGE 135 III 225	304, 306
BG, 29.6.2010 – BGE 136 III 392	123–126
BG, 29.5.2012 – BGE 138 III 489	123
BG, 30.5.2012 – BGE 138 III 411	302, 304–306

Vereinigtes Königreich

African Export-Import Bank v Shebah Exploration and Production

<i>Company Ltd</i> [2017], [2018] 1 W.L.R. 487, 491	270 f.
<i>Al Nehayan v Kent</i> [2018] EWHC 333 (Comm)	285
<i>Alderslade v Hendon Laundry Ltd.</i> , [1945] K.B. 189, 114 L.J.K.B. 196	268
<i>Alisa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd</i> [1983] 1 W.L.R. 964	261
<i>Amiri Flight Authority v BAE Systems Plc, Crossair Limited Company for</i> <i>Regional European Air Transport</i> [2002], High Court of Justice, Queens Bench Division, Commercial Court, 20.11.2002, 2002 WL 31676217	278
<i>B v A</i> [2010] EWHC 1626 (Comm.), [2010] 2 Lloyd's Rep. 681	172
<i>Balmoral Group Ltd v Borealis [UK] Ltd, Borealis AS, Borealis A/S</i> [2005] EWHC 1900 (Comm)	282
<i>Banco Santander Totta SA v Transport Companies</i> [2016] EWCA Civ 1267	102
<i>Bonython v Commonwealth of Australia</i> [1951], Pivy Council (Australia), 30.10.1950, A.C. 201, 219	140
<i>Canada Steamship Lines Ltd v R</i> [1952], A.C. 192, 208	268
<i>Cargill International SA & Anor v Bangladesh Sugar & Food Industries</i> <i>Corp.</i> , Court of Appeal (Civil Division), 19.11.1997, [1998] C.L.C. 399	263
<i>Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd</i> [1993] A.C. 334	169
<i>Compagnie d'armement Maritime SA v Compagnie Tunisienne de</i> <i>Navigation SA</i> [1971], House of Lords, 14.7.1970, A.C. 572	140
<i>Couchman v Hill</i> [1947] K.B. 554	260
<i>Dexia Crediop SPA v Comune Di Prato</i> [2017] EWCA Civ 428	102
<i>Emeraldian Ltd Partnership v Wellmix Shipping Ltd</i> [2010] EWHC 1411 (Comm), [2010] 1 C.L.C. 993	132
<i>George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd</i> [1983] 2 A.C. 803, 810	273 f.
<i>Homburg Houtimport BV v Agrosin Private Ltd (The Starsin)</i> , House of Lords, 13.3.2003 [2004] 1 A.C. 715, 750	284
<i>Impact Funding Solutions Ltd v Barrington Support Services Ltd</i> <i>(formerly Lawyers at Work Ltd) (AIG Europe Ltd, Third Party)</i> [2016] UKSC 57, 1422	262 f., 294
<i>John Lee & Son (Grantham) Ltd v Railway Executive</i> [1949] 2 All E.R. 581	262
<i>Lesotho Highlands Development Authority v Impregilo SpA</i> [2005] UKHL 43, [2006] 1 A.C. 221	172
<i>Munro Brice & Co v War Risks Association</i> [1918] 2 K.B. 78, 88	262

<i>NJ Kwik Hoo Tong Handel Maatschappij v James Finlay & Co</i> [1927], House of Lords, 23.5.1927, A.C. 604	140
<i>Persimmon Homes Ltd v Ove Arup and Partners Ltd</i> [2015] EWHC 3573 (TCC)	275
<i>Persimmons Homes Ltd v Ove Arup & Partners Ltd</i> [2017] EWCA Civ 373, 683	262, 294
<i>Peterson Farms Inc v C&M Farming Ltd</i> [2004] EWHC 121 (Comm.)	169
<i>Phillips Products Ltd v Hyland</i> [1987] 1 W.L.R. 659, 668	274
<i>Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd</i> [1980] A.C. 827, 2 W.L.R. 283, 827	261, 273 f.
<i>Regus (UK) Ltd v Epcot Solutions Ltd</i> [2008] EWCA Civ 361	275 f.
<i>S. Pearson & Son Ltd v Dublin Corp</i> [1907] A.C. 351	261
<i>Spread Trustee Co Ltd v Hutcheson and others</i> [2011] UKPC 13, 1360	261
<i>Stewart Gill Ltd v Horatio Myer & Co Ltd</i> [1992] QB 600 (CA)	283 f.
<i>The Komninos S</i> [1991], Court of Appeal, 20.12.1990, 1 Lloyd's Rep. 370	140
<i>Transocean Drilling UK Ltd v Providence Resources plc</i> [2016], EWCA Civ 372, 585	262
<i>Trident Turboprop (Dublin) Ltd v First Flight Couriers Ltd</i> [2009], Court of Appeal (Civil Division), 2.4.2009 [2009] 1 C.L.C. 490, 499	278 f.
<i>Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd</i> [2001] EWCA CIV 317	269 f., 275 f., 296
<i>Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd</i> [2013] EWHC 111 (QB), [2013], Lloyd's Rep 526	285

Schiedssprüche

<i>International Chamber of Commerce (ICC)</i>	
ICC Case No. 8450	153
ICC Case No. 10625	153

Sachverzeichnis

- ADSp (Allgemeine Deutsche Spediteur
Bedingungen) 30
adverse selection 375
AEUV 289
amiable compositeur 158–162, 168, 170
– *siehe auch* Billigkeitsentscheidung
Anreizfaktoren (für die Rechtswahl) 197–
221
– Beeinflussbarkeit durch AGB-Reform
243–247
– beeinflussbare Faktoren 244 f.
– langfristig beeinflussbarer Faktor
245
– tabellarische Übersicht 246
– unbeeinflussbare Faktoren 243 f.
– Berechenbarkeit des Ausgangs einer
Entscheidung 215–217
– (Eindruck der) Stabilität eines Rechtssys-
tems 218
– (Eindruck einer) Neutralität des Rechts
213–215
– englische Sprache und/oder Vielspra-
chigkeit 211–213
– Forum 218 f.
– großer Finanz-, Versicherungs- und
Rückversicherungssektor 219 f.
– materielles Recht 202
– Möglichkeit der Haftungsbeschrän-
kungen und -ausschlüsse 203 f.
– Rechtstradition (*common law/civil law*)
209–211
– Schiedsfreundlichkeit 206–208
– Vertrautheit eines Rechtssystems 204–
206
Apathie, *siehe* rationales Desinteresse
Arbitration Act 1996 167–173, 180, 208
Aushandeln von AGB/Haftungsbeschrän-
kungsklauseln
– im deutschen Recht 19–26
– im englischen Recht 264 f.
– im französischen Recht 347 f.
– im Schweizer Recht 301
– vor Schiedsgerichten 174–179
Auslandsberührung, *siehe* Auslandsbezug
Auslandsbezug (i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Rom
I-VO) 98–104
– Erfüllungsort 101 f.
– Niederlassung 101
– Staatsangehörigkeit 103 f.
– Währung 104
– Wohnsitz 103
Auslandselement, *siehe* Auslandsbezug
back-to-back swaps 102
Bearbeitungsentgelt-Entscheidung (des
BGH) 36
Bearbeitungsgebühr-Entscheidung (des
BGH) 23 f.
bevorzugte Forumswahl (der Unterneh-
men) 255–258
bevorzugte Rechtswahl (der Unterneh-
men) 253–255
Bias
– *home-bias* 233 f., 393
– *siehe auch* Heimwärtsstreben
– *response bias / non-response bias* 200 f.,
225 f.
– *selection bias* 200 f., 225 f.
– *status quo bias* 241 f.
BIICL Survey (2015) 198 f., 216, 220,
236, 253, 256, 402
Billigkeitsentscheidung 158–162
– *siehe auch amiable compositeur*
Bindungsthese 147–153
Binnenmarktklausel 105 f.
Binnenfall, *siehe* Inlandssachverhalt
blue pencil test 41, 284
BMJV 45 f., 49, 198, 224, 387 f., 404

- BMWi 49
bonne foi (Frankreich) 341
 Broschüren zur Rechtsstandortbewerbung
 – deutsche Broschüre („Law – Made in Germany“) 45 f., 194–196
 – englische Broschüre („England and Wales: The jurisdiction of choice“) 45 f., 194–196
 Brexit
 – Brexit-Übergangszeitraum 134, 143
 – EU-VK-Austrittsabkommen 129–142, 163, 167, 289
 – Kollisionsrecht und Brexit 129–142
 – Kollisionsrecht während des Brexit-Übergangszeitraumes 134
 – „mini hard Brexit“ 136
 – Schiedsgerichte und Brexit 167–173
 – Wettbewerbslage Englands nach dem Brexit 288–292
bring or pay I-Entscheidung (des BGH) 21, 35 f.
bring or pay II-Entscheidung (des BGH) 21–23
 Brüssel Ia-VO 131–137, 149, 289
 Bruttoinlandsprodukt 381, 386
Burgerlijk Wetboek, siehe *Dutch Civil Code*

Cap-Klauseln 52
cause 350
 CESL 93, 406 f., 420 f.
 CISG 111–115, 205 f., 217
clause abusive 342
Code Civil (Frankreich) 337–365
Code de Commerce (Frankreich) 353–362
Code de la Consommation (Frankreich) 344, 351 f., 364
Code de Procédure Civile (Frankreich) 208
 Code of Civil Procedure-Niederlande 159
 „common law drafting style“ 210
common law rules 131, 136, 171, 260 f.
 „Contracts with an international element (cross-border contracts)“ (Niederlande) 414 f.
contra proferentem 262 f., 294, 310 f.
contrat d'adhésion 339–352, 363
contrat de gré à gré 347–349
 CRA 2015 264, 293

cost-benefit-Abwägung, siehe *Kosten-Nutzen-Analyse*
cross-examination-Verfahren 210
Cuniberti-Study (2014) on ICC-Awards 199, 205, 241, 254

 DCFR 93
déséquilibre significative 341, 350–357, 361
 Destatis 384, 416 f.
 – siehe auch *Statistisches Bundesamt*
 Deutscher Juristentag 46, 388, 398
 Differenzierungsgebot 51, 77 f., 82
direct approach 170
disclosure-Verfahren 210
doctrine of the proper law of a contract 139 f.
Dutch Civil Code 408–412, 414–416

economies of scale 188
 EGBGB (Deutschland) 90, 103 f., 110
 Einbettungsstatut 95 f.
 einfach zwingendes Recht 87, 94–107, 145, 152, 156, 183
 Eingriffsnorm
 – i.S.d. Rom I-VO 107–110, 421–423
 – im Schweizer Kollisionsrecht 122–127, 166
 – vor Schiedsgerichten 145 f., 166
 elementarste Sorgfalt (Schweiz) 322
 empirische Daten 197–201, 235–238
equal bargaining power 262, 276
 Effektivität einer Rechtsflucht 367, 369 f.
 Erfüllungsgehilfe
 – im deutschen Recht 15, 30, 33 f., 38, 41 f., 333
 – im Schweizer Recht 320 f., 333
 Erfüllungsort 101 f., 107, 109
 Erlaubnisnorm 418 f.
 ernsthaftes zur-Disposition-Stellen des gesetzesfremden Kerngehaltes 19–26, 43, 65, 73, 178
 EUV 130, 288
evasive choice-of-law clauses 282
 EVÜ 90, 123, 149
 Externalitäten 379, 384–389
 – siehe auch *social costs*

 feste Obergrenze 76 f., 81

- Finanzierungssystem
 – *fee based system* 385
 – *tax financed system* 385
 Französische Schuldrechtsreform 2016
 338, 340–344, 353, 362, 364
fraud 261
first-mover advantage 241
 Fluchtziel, *siehe* Rechtsfluchtziel
fraus legis 92
- Gegenstandswert der Transaktion 75–77,
 81
 geltungserhaltende Reduktion, *siehe*
 Verbot der geltungserhaltenden Reduk-
 tion
general principle of good faith 209, 285,
 298, 365
 gesetzesfremder Kerngehalt, *siehe* ernst-
 haftes zur-Disposition-Stellen des ge-
 setzesfremden Kerngehaltes
 Gesetzesumgehung, *siehe* *fraus legis*
Giuliano/Lagarde-Bericht 149
Gleichschritt-Entscheidung (des BGH)
 32 f., 42, 44
 Globalübernahme (Schweiz) 301–304
 – *siehe auch* Vollübernahme (Schweiz)
good commercial practice 46
 Gründe für AGB-Kontrolle
 – Abwehrfunktion gegen einseitige Inan-
 spruchnahme der Gestaltungsmacht
 372 f.
 – partielles Marktversagen und Informati-
 onsasymmetrie 374–378
 – Schutzfunktion vor Verhandlungsun-
 gleichgewicht und Marktmacht 373 f.
 – verhandlungspsychologische Sogwir-
 kung 378
 GVG (Deutschland) 368, 399–401
- Haager Übereinkommen vom 30. Juni
 2005 über Gerichtsstandsvereinbarun-
 gen (HCCA) 291
 Haftungsbeschränkung
 – für (grobe) Fahrlässigkeit 34, 268 f.,
 297, 318 f., 331 f.
 – für Hilfspersonen 34, 297 f., 320 f., 333
 – für Kardinalpflichten 30 f., 349 f.
 – für Schäden aus Verletzung des Lebens,
 des Körpers oder der Gesundheit 33,
 269, 297, 325, 332
 – für Vorsatz 34, 297, 318 f., 331 f.
 – summenmäßige Haftungsbeschränkung
 37–39, 82, 273 f., 298, 319, 333
Hague Principles on Choice of Law in
International Commercial Contracts 94
 Handelsbrauch 273, 302
 Handelsvertreterausgleich 109
 Harmonisierung
 – Mindestharmonisierung 419–421
 HCCH 2019 Judgments Convention 291
 Heimatrechtsordnung 233–235
 Heimwärtsstreben 390–394
 heterogene Interessen 193 f.
 HGB (Deutschland) 73, 75, 78, 109, 407,
 418 f.
 Hinweis auf eine Klausel (im Schweizer
 Recht) 329, 331
home-bias 233 f., 393
 hypothetisches Vertragsstatut 96
- implementation period*, *siehe* Brexit-
 Übergangszeitraum
 INCOTERMS 217
indirect approach 170
 Indizwirkung 31–36, 41 f., 51 f., 63 f.,
 174
 Informationsasymmetrie 374–378
 Informationskosten 75–77, 191, 205, 240,
 374 f., 390
 Inhaltskontrolle von AGB/Haftungsbe-
 schränkungsklauseln
 – im deutschen Recht 26–43
 – im englischen Recht 260–284
 – im französischen Recht 339–362
 – im Schweizer Recht 301–329 (insb.
 312–317)
 – vor Schiedsgerichten 174–179
 Initiative pro AGB-Recht 48 f., 61–67, 69
 Initiative zur Fortentwicklung des AGB-
 Rechts 48 f., 51, 54–56, 67, 69, 74 f.
 Inlandssachverhalt 95–104, 154, 166,
 181–183
 Institut für Mittelstandsforschung (IfM)
 226

- Interesse an „attraktivem“ AGB-Recht
 – aus Sicht der rechtsberatenden Branche 391–393
 – aus Sicht der Unternehmen 390 f.
 – aus Sicht des Staates 379–390
- Internationalisierungsgrad 69–72, 99, 416 f.
- international supply contracts* 265, 277–280, 295 f., 413 f.
- international zwingende Eingriffsnorm 87, 107–110, 122–127, 146, 421–423
- Intrahandelsstatistik 69–72, 99, 416 f.
- IPRG-Schweiz 117–129, 163–166
- Irreführungserfordernis (Schweiz) 313 f., 317
- ISDA Master Agreements 102
- Jahresabschluss 410 f.
- Jahresbilanzsumme 406
- Jahresumsatz 406
- Kammern für internationale Handelssachen 396–403
- Kardinalpflichten
 – im deutschen Recht 30 f.
 – im französischen Recht 349 f.
- Kausalität 185 f., 221–233
- Kieninger-Studie* der Vertragshandbücher (2002) 222
- KMU
 – Differenzierung zwischen Unternehmensgrößen 296, 404–412, 416 f.
 – Schutzbereich des Art. 8 UWG-Schweiz n.F. 315 f.
- Koalitionsvertrag 49 f.
- Konditionenwettbewerb 374 f., 377
- Korrelation 186 f.
- Kosten-Nutzen-Analyse 190 f., 371
- Kriterienkatalog 74, 80, 82
- late-mover* 241
- LCIA 200, 237, 254
- Leuschner-Studie* (2014) 46–48, 198, 224–230
- level playing field* 214
- lex arbitri* 237
- lex causae* 126
- lex fori* 87, 97, 117, 145
- lex mercatoria* 93, 151, 158, 169 f.
- Lobbyismus 186, 392 f.
- Lock-in-Effekte 239–243, 247
- Lückenausfüllung 371
- Lugano-Übereinkommen 2007 (LugÜ 2007) 118, 290 f.
- market for lemons* 375
- Marktmacht 373 f., 377
- Marktversagen 374–378
- mark-up copies* 54
- micro businesses* 266
- misrepresentations as to effect of exemption clause* 260
- Mitarbeiterzahl 70, 266 f., 410 f.
- monetäre Anreize, *siehe* wirtschaftliche Anreize
- Monopolstellung 12, 74, 322, 375, 377
- multilingualism*, *siehe* Vielsprachigkeit
- Nato-Wohnungen-Entscheidung* (des BGH) 36
- Negativauslese, *siehe* *adverse selection*
- Nettoumsatz 78, 411
- Netzwerk-Effekte 239–243, 247
- Neutralität des Rechts 213–215, 233–235
- nichtmonetäre Anreize, *siehe* nichtwirtschaftliche Anreize
- nichtstaatliches Recht/Regelwerke 92–94, 115, 143, 151–154, 168 f., 171
- nichtwirtschaftliche Anreize 382–384
- Niederlassung 101, 114 f., 122, 278
- NYÜ 146, 150, 156 f., 161, 166, 172, 207
- obiter dictum* 153
- OR-Schweiz 299–337 (insb. 317–329)
- ordre public*
 – im niederländischen Recht 408, 411
 – Schiedsgerichte 145 f., 151 f., 155–158, 161 f.
 – staatliche Gerichte 107–111, 239
- OR 2020 309 f.
- Oxford Civil Justice Survey* (2008) 198, 223 f.
- Paketlösung 55, 73, 79, 271, 294 f.
- Parteiautonomie 87, 90–94, 284
- partiell Marktversagen, *siehe* Marktversagen
- PECL 93, 217, 352

- persuasive authority* 148
phenomenon of ‚herd‘/ mob mentality 240
 Portland Commercial Courts Report 199, 220, 256, 402
 PrHG-Schweiz 324, 335
principal-agent-Konflikt 393 f.
principles of construction 261–263
 produktives Spiel 377
pro-enforcement-Regime 146
 Proxy 241
 Pullfaktor 201–221, 244, 292, 383
 Pushfaktor 201–221, 243
- Queen Mary Survey* (2010) 199 f., 206, 214 f., 224, 234
Queen Mary Survey (2018) 200, 230–232, 257
 Quersubventionierung 385 f.
- race to the bottom* 364, 376
 rationales Desinteresse 189–192, 376
 Rationalisierung 371
 Rechtsdienstleistungssektor 386 f., 391–393
 Rechtsexport 209, 383 f.
 Rechtsfluchtmöglichkeiten
 – tabellarische Übersicht 183
 Rechtsfluchtziele 252–258, 365
 – bevorzugte Forumswahl 255–258
 – bevorzugte Rechtswahl 253–255
 Rechtsfolge unwirksamer AGB, *siehe* unwirksame AGB
 Rechtsfortbildung 209, 371
 Rechtssicherheit 60–63, 215–217, 298, 307 f., 335 f., 341–343
 Rechtstradition (*common law/civil law*) 209–211, 243
 Rechtsvergleichung
 – mit englischem Kollisionsrecht 129–142, 167–173
 – mit englischem Sachrecht 258–299
 – mit französischem Sachrecht 337–365
 – mit Schweizer Kollisionsrecht 117–129, 163–166
 – mit Schweizer Sachrecht 299–337
Reflexwerkings (Niederlande) 412
 Reformansätze
- Ausnahme bei ausdrücklichem Hinweis auf die Klausel ähnlich dem Schweizer Recht 419
 - Differenzierung anhand der Unternehmensgröße und des Unternehmensumsatzes 404–412
 - Differenzierung zwischen nationalen und internationalen Verträgen 412–416
 - Erlaubnisnorm ähnlich dem Regelungsmechanismus des § 512 Abs. 2 HGB schaffen 418 f.
 - Kombination der Differenzierung anhand der Unternehmensgröße und der Internationalität des Vertrages 416 f.
 - Optionen des deutschen Gesetzgebers zur zwingenden Durchsetzung des deutschen AGB-Rechts gegenüber deutschen Unternehmen? 421–423
 - Reformpaket: AGB-Recht und Einführung von Kammern für internationale Handelssachen 396–403
 - Vorantreiben einer Mindestharmonisierung des AGB-Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehr auf EU-Ebene 419–421
 - weitere gesetzgeberische Bestrebungen bezüglich anderer Anreizfaktoren 404
- Reformargumente 50–66
 – für eine AGB-Reform 50–60
 – gegen eine AGB-Reform 60–66
 Reformvorschläge, bereits erfolgte 72–80
 – Begrenzung des Anwendungsbereiches der AGB-Kontrolle über den Gegenstandswert der Transaktion 75–77
 – flexiblerer Prüfungsmaßstab des § 307 BGB für unternehmerische Verträge 77–79
 – Maßstab des „Aushandelns“ im unternehmerischen Verkehr herabsenken 73–75
 – Veränderungen im AGB-Recht *de lege lata* statt *de lege ferenda* 79 f.
repeat player 205, 240
response bias / non-response bias 200 f., 225 f.
 Reputation 231, 377, 382
 Restriktionsprinzip (Schweiz) 311

- révision au fond* 156
 Risikoabwälzung 371 f., 376
 Rom I-VO 89–116, 146–162, 287 f.
 Rom II-VO 132, 135, 137–139, 289
- Schaubild, *siehe* Tabelle
 Scheinautorität des Gedruckten 378
 Scheinkorrelation 186
 Schiedsfreundlichkeit 206–208, 243
 Schiedsgerichtsbarkeit
 – *amiable compositeur*, *siehe amiable compositeur*
 – Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen 145 f., 155–162, 172, 207
 – *ex aequo et bono* 158–162, 168–170
 – ICC 174, 388
 – LCIA 200, 237, 254
 – *Swiss Chambers' Arbitration Institution* 237
 Schwächen empirischer Daten 200 f.
screening 375
selection bias 200 f., 225 f.
self-sufficient contract 196
signalling 375
small businesses 266
social costs 385
 Sonderkollisionsrecht für Schiedsgerichte 150, 165
 Spezialisierung der Gerichte 397, 399 f.
spill-over-Effekt 381
 Sprache 211–213, 400–403
 – Gerichtssprache 211, 369, 388, 398, 400–402
 – Sprachbruch 211
 – Übersetzungskosten 211, 238, 390, 401 f.
 – Verhandlungssprache 400 f.
 Staatsangehörigkeit 103 f., 120
 Statistisches Bundesamt 70 f., 99, 199, 257, 384, 387, 416 f.
 – *siehe auch* Destatis
status quo bias 241 f.
 Stellen von AGB 17–19
 Steuereinnahmen 380 f., 386
 summenmäßige Haftungsbeschränkungen 37–39, 42 f., 82, 203, 273 f., 298, 319, 333
superior standard 241
switching costs 241, 247
- Tabelle
 – zu den „Rechtsfluchtmöglichkeiten vor den §§ 305 ff. BGB in unternehmerischen Verträgen“ 183
 – zur „Einflussnahmemöglichkeit einer Reform der §§ 305 ff. BGB auf Anreizfaktoren für die unternehmerische Rechtswahl in Handelsverträgen“ 246
 „take it or leave it“-Verhandlungsstrategie 373 f.
term-by-term approach 267
test of reasonableness 272–274
théorie de l'imprevision 343
 Transaktionskosten 190, 240 f., 371, 376 f., 390
transition period, *siehe* Brexit-Übergangszeitraum
 transnationales Recht 217
 Transparenzgebot 27, 327
 Treu und Glauben
 – Abwesenheit im englischen Recht 209, 279, 285, 298
 – im deutschen Recht 27, 77
 – im französischen Recht 341
 – im niederländischen Recht 408, 411
 – im Schweizer Recht 314
- UCTA 1977 263–284, 292–299, 413 f.
UK Statutory Instrument 2019 No. 834 (SI No. 834) 137 f.
 unangemessene Benachteiligung 27–29, 32, 35, 296, 363
 UNCITRAL-ML 159, 165, 172
 Ungewöhnlichkeitsregel (Schweiz) 302–310, 329–331, 336 f., 419
UNIDROIT Principles 93 f., 151, 169
 UN-Kaufrecht, *siehe* CISG
 Unklarheitenregel (Schweiz) 310 f.
unreasonably burdensome (Niederlande) 409
 Untersuchungen, *siehe* empirische Daten
 unwirksame AGB
 – Rechtsfolge im deutschen Recht 39–41
 – Rechtsfolge im englischen Recht 283 f.
 – Rechtsfolge im französischen Recht 350 f.
 – Rechtsfolge im Schweizer Recht 326 f.

- UWG-Schweiz 312–317, 327 f., 330
- venire contra factum proprium* 311
- Verbandsklage 317, 328
- Verbot der geltungserhaltenden Reduktion 39–41, 43, 283 f., 298, 326 f., 334
- verdeckte Inhaltskontrolle (Schweiz) 302, 307–310, 329 f., 336, 419
- Verhandlungsungleichgewicht 373 f.
- Veröffentlichung des Jahresabschlusses 410 f.
- Vertragsgestaltungsfreiheit 19 f., 65, 372 f.
- Vertragsgestaltungsmacht 18, 59, 372 f.
- Vertragsvolumen 75 f., 81
– *siehe auch* Vertragswert
- Vertragswert 75–77, 81 f.
– *siehe auch* Vertragsvolumen
- Vertragswert-Informationskosten-Relation 77
- Vertrautheit (eines Rechtssystems) 204–206, 222, 245
- Vielsprachigkeit 211–213, 243, 396
- Voigt*-Studie zu Schiedsfällen bei dem International Court of Arbitration (ICA) 222
- Vollübernahme (Schweiz) 301–303
– *siehe auch* Globalübernahme (Schweiz)
- Währung 104, 140
- Werbung für den Rechtsstandort 45 f., 194–196
- Wettbewerb der Rechtsordnungen 55–58, 188 f., 193 f., 239, 378–395
- Wettbewerbsrecht 316 f., 353–356
- wirtschaftliche Anreize 380–382, 384–389, 390–394
- wohlfahrtsökonomische Effekte 386
- Wohnsitz 103, 120, 164
- written standard terms of business* 264–270, 280, 293, 295
- Zeitaufwand 191 f., 211, 371, 375
- ZGB-Schweiz 119, 325
- Ziele
– der Reformbefürworter 50–60 (insb. 58–60)
– der Reformgegner 60–66
- ZPO (Deutschland) 146, 151 f., 156 f., 159–161, 368
- ZPO-Schweiz 119, 164, 314
- zugrundeliegende Mechanismen
– bevorzugte Wahl der Heimatrechtsordnung, alternativ eines neutralen Rechts 233–235
– Netzwerk- und Lock-in-Effekte 239–242
– Verknüpfung der Wahl des anwendbaren materiellen Rechts und des Forums 235–239