

Reformbedürftigkeit des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr?

Wiss. Mitarbeiter Moritz Volk, Erlangen**

I. Einführung	714
II. Problematik deutschen AGB-Rechts im b2b-Verkehr	715
1. Legitimation der AGB-Kontrolle	715
2. Einbeziehung des b2b-Verkehrs in den Schutzbereich	716
3. Weiter Verbreitungsgrad	717
4. Rechtsunsicherheit als unmittelbare Folge	717
5. Unumgänglichkeit der §§ 305 ff. BGB im deutschen Recht	718
6. „Flucht“ in ausländische Rechtsordnungen	718
7. Zwischenergebnis	719
III. Ausweitung des AGB-Verzichts auf den b2b-Verkehr?	719
1. Bezugspunkt „Aushandeln“	720
2. Bezugspunkt Prüfungsmaßstab	721
3. Vertragswert als Obergrenze des AGB-Rechts	721
4. Berücksichtigung wirtschaftlicher Machtgefälle	722
5. „Typische“ Verträge des Verwendungsgegners	723
IV. Ergebnis	723

I. Einführung

Bereits Ende des 19. Jahrhunderts haben deutsche Banken begonnen, standardisierte Vertragsbedingungen zu erstellen,¹ um immer wiederkehrende Vertragskonstellationen zu rationalisieren und einheitliche Regelungsgrundlagen zu konzipieren.² Nachdem diese von der Rechtsprechung bereits ohne eigene rechtliche Grundlage überprüft wurden,³ kam es Ende des Jahres 1976 zum Erlass des AGBG,⁴ um eine Benachteiligung des Vertragspartners bei einseitig vorformulierten Standardvertragsklauseln zu verhindern.⁵ Dessen Regelungen wurden im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungs-

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medizinstrafrecht (Prof. Dr. Christian Jäger) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ Sog. „Regulative“ – diese gelten als Vorgänger der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, näher *Haupt*, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, 1937, S. 8 f.

² Bunte/Artz, in: Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 2 A. Rn. 1, 20.

³ Wendland, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2025, Vorb. zu §§ 307–309 Rn. 3.

⁴ BGBl. I 1976, S. 3317.

⁵ BT-Drs. 7/3919, S. 9.

gesetzes vom 26.11.2001⁶ schließlich in die §§ 305 ff. BGB eingefügt. Die AGB-Inhaltskontrolle findet dabei nicht lediglich im Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher (b2c-Verkehr), sondern auch zwischen Unternehmern untereinander⁷ (b2b-Verkehr) Anwendung. Dies steht schon seit längerer Zeit in der Kritik – so wird sich vermehrt dafür ausgesprochen, das AGB-Recht im b2b-Verkehr zu reformieren.⁸ Gerade durch die Entscheidung des BGH zur Unwirksamkeit von Bearbeitungs-entgelten bei Darlehensverträgen im unternehmerischen Verkehr⁹ sowie dem ergangenen Postbank-Urteil¹⁰ haben diese Forderungen ein hohes Maß an Aktualität gewonnen.¹¹ Als Folge wurde durch Art. 2 ZuFinG nun ein Verzicht auf die AGB-Kontrolle bei bestimmten Geschäften zwischen regulierten Finanzdienstleistern geschaffen, § 310 Abs. 1a BGB.¹²

II. Problematik deutschen AGB-Rechts im b2b-Verkehr

1. Legitimation der AGB-Kontrolle

Mit der Einführung von AGB in Verträge kommt es zu einer Schieflage der Verhandlungspositionen, da die Vertragspartner regelmäßig widerstandslos die eingestellten Bedingungen akzeptieren.¹³ Dies wirkt sich negativ auf die Vertragsfreiheit des Vertragspartners aus, was die AGB-Inhaltskontrolle ausgleichen und damit den Vertragspartner schützen soll.¹⁴

Die Ursache dieser widerstandslosen Hinnahme wird verschiedentlich beurteilt.¹⁵ So wird etwa vertreten, der Grund liege in einem wirtschaftlichen¹⁶ bzw. intellektuellen¹⁷ Gefälle zwischen Kunde und Unternehmer. Gegen Ersteres ist einzuwenden, dass auch „gleichstarke“ bzw. „weniger starke“ Vertragspartner ohne wirtschaftliche Machtgefälle AGB widerstandslos akzeptieren.¹⁸ Auch hätte der Gesetzgeber den Schutz der AGB-Kontrolle auf den Unterlegenen beschränken können.¹⁹ Gegen Zweiteres spricht, dass ebenso missbräuchliche Klauseln vorkommen, wenn der Kunde intellektuell

⁶ BGBl. I 2001, S. 3138.

⁷ Vgl. § 310 Abs. 1 BGB; näher unter II. 2.

⁸ Vgl. nur die Aufzählung von *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 692 Fn. 1.

⁹ BGHZ 215, 172.

¹⁰ BGHZ 229, 344.

¹¹ *Widany/Weil*, AG 2023, R215.

¹² Vgl. hierzu *Berger/Reiss*, NJW 2025, 1311; *Casper*, ZHR 187 (2023), 5; *ders.*, ZRP 2023, 105; *Freitag*, BKR 2023, 386; *Köhling/Seiffert/Dietenberger*, BKR 2024, 281; *Kropf*, WM 2024, 377; *Widany/Weil*, AG 2023, R215; *Wilhelm*, WM 2024, 1289. § 310 Abs. 1a BGB ist jedoch nicht in der Lage, die ganze Problematik des AGB-Rechts in befriedigendem Maße zu beseitigen. Insgesamt sind sowohl sachlicher als auch persönlicher Anwendungsbereich zu eng gefasst worden – aber auch der erfasste persönliche Anwendungsbereich kann nicht überzeugen, da sich dieser nicht an der Schutzbedürftigkeit des Verwendungsgegners nach dem rechtsökonomischen Begründungsansatz für die AGB-Kontrolle orientiert. Als Folge werden teilweise auch schutzbedürftige Personen von dem Verzicht erfasst.

¹³ Eingehend *Kötz*, JuS 2003, 209 (210 f.); ebenso *Fornasier*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, Vor § 305 Rn. 4 ff.

¹⁴ BGHZ 126, 326 (332); 183, 220 (224 Rn. 13); *Stoffels*, AGB-Recht, 5. Aufl. 2024, Rn. 89 m.w.N.

¹⁵ Überblickhaft *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, S. 147 ff.

¹⁶ *Wolf*, JZ 1974, 465 (468 ff.).

¹⁷ *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1744; *Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil, 47. Aufl. 2023, § 16 Rn. 1.

¹⁸ *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, S. 151; *Mäsch*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2025, Vorb. zu §§ 305–306a Rn. 7.

¹⁹ *Axer*, Rechtfertigung und Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2012, S. 44; *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491 (495); *Stoffels*, AGB-Recht, 5. Aufl. 2024, Rn. 88.

ebenbürtig ist.²⁰ Diese Ansätze können folglich nicht wirklich überzeugen.²¹ Somit bleibt noch ein dritter – rechtsökonomisch begründeter – Ansatz, nach dem der Grund für die Hinnahme von AGB ein Informations- und Motivationsgefälle ist: für den Verwendungsgegner ist es meist nicht lohnend, Mittel in Anspruch zu nehmen, um die AGB zu überprüfen und im Wege der Verhandlung zu ändern (rationale Apathie).²² Die prohibitiv hohen Informationskosten überwiegen den durch die Analyse entstehenden Vorteilen.²³ Da der Vertragspartner als Folge nur selten Informationen über die vorhandenen Bedingungen hat (Informationsasymmetrie), kommt es zu einem nichtfunktionierenden Konditionenwettbewerb – einem Marktversagen.²⁴ Solche Informations- und Motivationsgefälle bestehen jedoch nicht immer. Wenn der Vertragswert so hoch ist, dass die Transaktionskosten in keinem Missverhältnis zu diesem stehen, besteht keine Schutzwürdigkeit.²⁵ Denn da dabei „viel auf dem Spiel steht“, rentiert es sich für den Verwendungsgegner, die Bedingungen zu überprüfen, sodass kein Risiko der einseitigen Ausnutzung der Verhandlungspositionen besteht.²⁶ Auch sofern dieser das vertragsgegenständliche Geschäft häufig abschließt, lohnt es sich, Mittel aufzuwenden, um die Bedingungen zu analysieren.²⁷ Auf fachliche Kenntnisse oder die Größe eines Unternehmens kommt es dagegen aber nicht an: auch ein rational handelnder großer Unternehmer wird keine Mittel dafür einsetzen, AGB zu analysieren und zu vergleichen, sofern der Vertragswert nicht hoch genug ist²⁸ bzw. die Geschäfte nicht oft genug getätigt werden.²⁹ Sofern fachliche Kenntnisse bestehen, mag zwar ein gewisser Vorteil im Rahmen der rechtlichen Analyse bestehen; dennoch müssen die Bedingungen sorgfältig analysiert werden, was den weit größeren Teil der Transaktionskosten verursacht, weshalb damit das Transaktionskostenproblem stets vorliegt.³⁰

2. Einbeziehung des b2b-Verkehrs in den Schutzbereich

Dennoch schließt das Gesetz den gesamten b2b-Verkehr vom Schutz der AGB-Inhaltskontrolle ein. Zwar insinuiert der Wortlaut des § 310 Abs. 1 S. 1 BGB, nach dem §§ 308 Nr. 1, 2–9, 309 BGB im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern ausgenommen sind, dass der Schutz abgeschwächt ist. Gem. § 310 Abs. 1 S. 2 BGB finden diese allerdings mittelbar unter Berücksichtigung der im Handels-

²⁰ Fornasier, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, S. 152; Mäsch, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2025, Vorb. zu §§ 305–306a Rn. 7; aus ökonomischen Gründen ablehnend Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 619.

²¹ Leuschner, AcP 2007 (207), 491 (494) m.w.N., nach dem diese „als im Wesentlichen überwunden gelten“.

²² Fornasier, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, S. 154 ff.; Fornasier, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, Vor § 305 Rn. 6; Kötz, JuS 2003, 209 (211 ff.); Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771 (783 f.).

²³ Adams, BB 1989, 781 (784).

²⁴ Canaris, AcP 200 (2000), 273 (323); Fornasier, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, Vor § 305 Rn. 6 ff.; Kuntz, AcP 209 (2009), 242 (259); Sommerfeld, AGB-Reform und Rechtsflucht, 2021, S. 375 f.; grundlegend, dass Informationsasymmetrien zu einem Marktversagen führen Akerlof, QJE 84 (1970), 488; dessen Gedankenspiel vom Automobilhandel auf AGB übertragend Adams, BB 1989, 781 (784).

²⁵ Ausführlich Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771 (790 ff.); ferner Leuschner, in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Kommentar, 2021, Einl. Rn. 51 ff., der zusätzlich wirtschaftliche Machtgefälle berücksichtigen möchte; Fornasier, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 310 Rn. 27; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 620.

²⁶ Kötz, JuS 2003, 209 (211).

²⁷ Axer, Rechtfertigung und Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2012, S. 136 f.; Fornasier, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, S. 221.

²⁸ Ausführlich Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 785 ff.

²⁹ Kieninger, AnwBl 2012, 301 (303).

³⁰ Ausführlich Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 765 ff.

verkehr gebräuchlichen Gewohnheiten über § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB Anwendung. Dies hat die Rechtsprechung³¹ zum Anknüpfungspunkt genommen, eine (strenge) Indizwirkung der in §§ 308, 309 BGB enthaltenen Kriterien zu entwickeln.³² Diese haben damit ebenso große Bedeutung im unternehmerischen Verkehr.³³

Diese Anwendung der AGB-Kontrolle steht seit längerer Zeit in der Kritik.³⁴ Denn Folge der Inhaltskontrolle gepaart mit der großen Bedeutung von AGB im unternehmerischen Verkehr (3.) ist Rechtsunsicherheit (4.).

3. Weiter Verbreitungsgrad

Ob es sich bei einer Bestimmung um eine AGB handelt bzw. ob diese Standardvertragsmuster dem AGB-Recht unterliegen, regelt § 305 Abs. 1 BGB. Danach muss die Bedingung mit Mehrfachverwendungsabsicht gestellt werden (§ 305 Abs. 1 S. 1 BGB) und darf nicht im Einzelnen ausgehandelt worden sein (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB). Für Ersteres genügt, dass die Bedingung von einem Dritten für eine Vielzahl von Verträgen geschaffen wurde.³⁵ Dadurch, dass häufig auf gängige Vertragsmuster zurückgegriffen wird, liegt diese Voraussetzung regelmäßig vor.³⁶ Dem Merkmal des „Stellens“ kommt die Funktion zu, die Person des Verwenders zu bestimmen:³⁷ Verwender ist die Person, von der die Einbeziehung der Bedingungen in die Verhandlung ausgeht und deren Einfügung sie in den Vertrag verlangt.³⁸ Dabei müssen die Bedingungen selbst jedoch nicht vom Verwender hergestellt worden sein.³⁹ Hinsichtlich des „Aushandelns“ fordert die Rechtsprechung hohe Voraussetzungen.⁴⁰ So verlangt der BGH „mehr als Verhandeln.“⁴¹ Der Verwendungsgegner muss die reale Möglichkeit erlangen, die Bedingungen inhaltlich verändern zu können, was eine ernsthafte Bereitschaft des Verwenders voraussetzt, den wesentlichen Inhalt dieser ändern zu lassen.⁴² Insbesondere, da diese Voraussetzungen erfüllt sein.⁴³ Folglich kommen AGB im unternehmerischen Verkehr eine große Bedeutung zu.⁴⁴

4. Rechtsunsicherheit als unmittelbare Folge

Folge davon ist, dass beide Vertragspartner damit rechnen müssen, dass die von ihnen vereinbarten Klauseln von Gerichten als AGB eingeordnet und eventuell als gegen §§ 307 ff. BGB verstoßend ein-

³¹ Besonders durch BGHZ 2015, 172 und BGH BB 2017, 2066 ist dies kürzlich wieder prominent geworden, *Walgenbach*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 10a.

³² BGHZ 174, 1 (4 Rn. 11 ff.); BGH NJW-RR 1990, 1076 (1077) zum AGBG; kritisch *Sommerfeld*, AGB-Reform und Rechtsflucht, 2021, S. 51 m.w.N.

³³ *Leuschner*, NJW 2016, 1222 (1223); *Wessels*, in: Ebenroth/Boujong, Handelsgesetzbuch, Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl. 2024, Kap. 3, A. Rn. 41.

³⁴ Vgl. die umfassende Aufzählung von *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 692 Fn. 1.

³⁵ BGHZ 184, 259 (263 Rn. 10); *Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, Kommentar, 13. Aufl. 2022, § 305 Rn. 24 m.w.N.

³⁶ *Leuschner*, NJW 2016, 1222.

³⁷ BT-Drs. 13/2713, S. 7; *Miethaner*, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, 2010, S. 181 m.w.N.

³⁸ BGHZ 184, 259 (263 Rn. 11 f.); BGH ZIP 2023, 1584 (1586 Rn. 21).

³⁹ BGH NJW 2016, 1230 (1231 Rn. 24).

⁴⁰ Eingehend *Stoffels*, AGB-Recht, 5. Aufl. 2024, Rn. 148 ff.; ebenso *Kappus*, NJW 2016, 33.

⁴¹ BGHZ 153, 311 (321).

⁴² BGHZ 143, 103 (111 f.); 153, 311 (321).

⁴³ Ausführlich *Leuschner*, NJW 2016, 1222 (1223).

⁴⁴ *Leuschner*, in: *Leuschner*, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Kommentar, 2021, Rn. 36 f.

gestuft werden. Es besteht bereits Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit der verwendeten Standardvertragsklauseln.⁴⁵ Das führt dazu, dass die Rechtsprechung bei Verträgen zwischen Unternehmern mit wertmäßig beträchtlichem Umfang vereinbarte marktübliche Bestimmungen an § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB scheitern lässt.⁴⁶ Als Beispiel seien hier nur Bearbeitungsentgelte bei Darlehensverträgen im b2b-Verkehr genannt, die zwar branchenüblich sind,⁴⁷ jedoch vom BGH für unwirksam erklärt wurden.⁴⁸ Gewiss besteht diese Unsicherheit nicht mehr, sofern der Inhalt und die Ausgestaltung der einzelnen Klauseln von Gerichten überprüft worden ist.⁴⁹ Führt man sich jedoch etwa die Entscheidungen des *XI. Zivilsenats* des BGH vor Augen, fällt auf, dass lediglich ein Bruchteil der Urteile überhaupt nur den b2b-Bereich betreffen.⁵⁰ Ein Abwarten, bis die Rechtsprechung jede einzelne Klausel auf ihre Wirksamkeit überprüft hat, ist folglich wenig erfolgversprechend.

5. Unumgänglichkeit der §§ 305 ff. BGB im deutschen Recht

Nicht allzu große Bedeutung hätte diese Problematik, wenn das AGB-Recht für den Vertrag umgangen werden könnte. Wäre dies der Fall, beispielsweise wenn die gesamten §§ 305 ff. BGB schlicht abbedungen werden könnten, würde es zu keiner Rechtsunsicherheit kommen. Allerdings stellt das AGB-Recht zwingendes Recht dar,⁵¹ sodass dieses nicht durch einfache Vereinbarung ausgeschlossen werden kann. Ein Ausweg könnte zwar die Abwahl der §§ 305–310 BGB gem. § 1051 Abs. 1 ZPO im Rahmen einer Schiedsvereinbarung darstellen. Hierbei ist es allerdings umstritten, ob dies bei reinem Inlandsbezug rechtlich möglich ist.⁵² Somit hätten die Parteien ebenfalls keine rechtliche Sicherheit, dass §§ 305 ff. BGB nicht greifen.⁵³ Ohnehin ist fraglich, wie viele Vertragspartner tatsächlich bereit sind, auf staatliche Gerichte zu verzichten.⁵⁴ Folglich kann dies nur beschränkt Abhilfe schaffen.

6. „Flucht“ in ausländische Rechtsordnungen

Diese Gegebenheiten führen mittelbar zur schädlichen Folgewirkung der „Rechtsflucht“ ins Ausland. Denn gerade durch die Rechtsunsicherheit wird in der Literatur empfohlen, deutsches Recht nicht anzuwenden,⁵⁵ bzw. angedacht, auf einzelne kritische Klauseln in standardisierten Verträgen, deren Wirksamkeit nach deutschem Recht zweifelhaft ist, ausländisches Recht anzuwenden.⁵⁶ In verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen ist in persönlicher Hinsicht nämlich lediglich der Mindestinhalt der Klausel-Richtlinie 93/13/EWG⁵⁷ umgesetzt worden.⁵⁸ Diese sieht eine Inhaltskontrolle

⁴⁵ So etwa BT-Drs. 20/8292, S. 89 zum RegE-ZuFinG.

⁴⁶ Freitag, BKR 2023, 386 (387) beispielhaft für Bankgeschäfte.

⁴⁷ Casper/Möllers, WM 2015, 1689 (1696); Piekenbrock, ZBB 2015, 13 (19).

⁴⁸ BGHZ 215, 172.

⁴⁹ So BT-Drs. 20/8292, S. 89 zum RegE-ZuFinG.

⁵⁰ Im Jahr 2007 betrafen aus 47 publizierten Entscheidungen lediglich 21,3 % (zehn Judikate) den b2b-Bereich, im Jahr 2008 waren es sogar nur 11,8 % (sechs Judikate) aus 51 publizierten Entscheidungen, vgl. Berger, SchiedsVZ 2009, 289 (298 Fn. 90).

⁵¹ BGHZ 200, 326 (335 Rn. 28 ff.); v. Westphalen, ZIP 2022, 245 (246 f.).

⁵² Statt aller Sommerfeld, AGB-Reform und Rechtsflucht, 2021, S. 147 ff. m.w.N.

⁵³ Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 742.

⁵⁴ Vgl. Berger, SchiedsVZ 2009, 289 (298); Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, S. 742 f.

⁵⁵ Renner/Leidinger, BKR 2015, 499.

⁵⁶ Klumb, ZBB 2012, 449.

⁵⁷ ABL. EG 1993 Nr. L 95, S. 29.

⁵⁸ Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, Kommentar, 13. Aufl. 2022, Vorbem. Rn. 108.

jedoch nur im b2c-Bereich vor,⁵⁹ sodass in diesen Ländern der b2b-Verkehr nicht von AGB-Kontrollen geprägt ist.⁶⁰ Damit besteht dort nicht das Problem der Unsicherheit, ob einzelne Klauseln der AGB-Inhaltskontrolle standhalten. Teilweise weichen Finanzunternehmer deshalb im Rahmen des nach Art. 3 Rom-I-VO rechtlich Möglichen⁶¹ auf ausländische Rechtsordnungen aus.⁶²

7. Zwischenergebnis

Folglich ist eine Änderung der aktuellen Situation geboten. Zwar wäre es statt einer Rechtsänderung de lege lata ebenso möglich, dass Gerichte ihre Rechtsprechung zum AGB-Recht für den b2b-Bereich ändern und an die jeweiligen Besonderheiten anpassen.⁶³ Dadurch, dass der BGH seine diesbezügliche Rechtsprechung erst kürzlich wieder bestätigt hat,⁶⁴ ist davon jedoch nicht auszugehen.⁶⁵ Eine Rechtsänderung ist somit geboten.⁶⁶

III. Ausweitung des AGB-Verzichts auf den b2b-Verkehr?

Fraglich ist nun, ob es der Rechtssicherheit zuträglich ist, wenn der gesamte unternehmerische Verkehr aus dem Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB ausgeschlossen wird. Allerdings kann nicht behauptet werden, dass das Transaktionskostenproblem im gesamten b2b-Bereich nicht vorhanden wäre. Im Gegenteil bedürfen viele Unternehmer gerade dem Schutz einer AGB-Kontrolle, um den dadurch hervorkommenden Mangel der Privatautonomie zu kompensieren und missbräuchliche Klauseln zu vermeiden.⁶⁷

Sofern der Vertrag nämlich weder einen bestimmten Wert übersteigt noch das Geschäft zum Kernbereich derer Geschäfte gehört, die der Unternehmer typischerweise tätigt, wird dieser keine Mittel für die Überprüfung der AGB in Anspruch nehmen und ist damit schutzbedürftig.⁶⁸ Die dadurch in diesen Bereichen vorkommende Informationsasymmetrie führt dazu, dass sowohl „gute“ als auch „schlechte“ AGB zum gleichen Preis verwendet werden können; für die Verwender ist es damit lohnend, ihre AGB „schlechter“ auszugestalten – es kommt zu einem „race to the bottom“. ⁶⁹ Folge davon

⁵⁹ Vgl. Art. 6 der Richtlinie 93/13/EWG.

⁶⁰ Bzw. nicht von einer solchen strengen Kontrolle wie in Deutschland, Leuschner, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, S. 91 ff., (21.4.2026).

⁶¹ Umfassend dazu *Sommerfeld*, AGB-Reform und Rechtsflucht, 2021, S. 87 ff.

⁶² *Freitag*, BKR 2023, 386 (387); *Früh*, in: Kümpel u.a., Bank- und Kapitalmarktrecht, 7. Aufl. 2025, Rn. 1.94a; insbesondere in das Schweizer Recht, *DAV*, AnwBl 2012, 402 (403); zweifelnd, wie stark dies wirklich vorkommt *Schäfer*, BB 2012, 1231 (1232) und *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 741 ff.

⁶³ Dafür *Armbrüster*, NZA-Beilage 2019, 44 (48 ff.); *Fornasier*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 310 Rn. 29 ff.

⁶⁴ BGHZ 229, 344; BGH WM 2023, 1126.

⁶⁵ *Herresthal*, ZIP 2023, 1873 (1877); *Leuschner*, in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Kommentar, 2021, Einl. Rn. 54.

⁶⁶ *Kieninger*, AnwBl 2012, 301 m.w.N.; insbesondere kommt auch eine Lösung über die analoge Anwendung von § 310 Abs. 1a S. 1 Nr. 2, S. 3 BGB mangels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht, vgl. *Berger/Reiss*, NJW 2025, 1311 (1315).

⁶⁷ *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, S. 221 f.

⁶⁸ Siehe oben II. 1.

⁶⁹ Ausführlich *Akerlof*, QJE 1970, 488 (489 ff.); *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 618 ff.; dies war auch vor Inkrafttreten des AGB-Rechts in Deutschland zu sehen, *Drygala*, JZ 2012, 983 (985) m.w.N.

ist wiederum, dass missbräuchliche Klauseln auftauchen,⁷⁰ was zu Rechtsunsicherheit führt.⁷¹ Zumindest vorstellbar und nicht auszuschließen ist deshalb, dass schutzbedürftige Unternehmer gerade in ausländische Rechtsordnungen flüchten, die gerade eine Inhaltskontrolle im b2b-Bereich⁷² durchführen. Denn wenn beispielsweise ein der AGB-Kontrolle schutzbedürftiger inländischer Unternehmer ein Geschäft mit einem ausländischen Unternehmer, nach deren Rechtsordnung eine AGB-Kontrolle des b2b-Verkehrs stattfindet, schließt, gibt es für den inländische Unternehmer kaum einen Grund, die deutsche Rechtsordnung zu wählen, wenn er dadurch mehr Risiken eingeht.⁷³

Eine Ausweitung des Verzichts auf die AGB-Inhaltskontrolle auf den gesamten b2b-Bereich ist folglich nicht angebracht.⁷⁴ Stattdessen muss die Beschränkung der AGB-Kontrolle in einer solchen Weise konstruiert werden, dass nur Unternehmer von der Ausnahme erfasst werden, die dem Schutz der AGB-Kontrolle nicht bedürfen.⁷⁵ Die Masse an Reformvorschlägen⁷⁶ lassen sich dabei grob in drei Regelungsvorschläge systematisieren,⁷⁷ die im Folgenden näher dargestellt werden.

1. Bezugspunkt „Aushandeln“

So wird vorgeschlagen, die Anforderungen an das „Aushandeln“ i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB im b2b-Verkehr herabzusenken.⁷⁸ Dadurch soll die Unsicherheit hinsichtlich der Frage beseitigt werden, wann ein individuelles Aushandeln vorliegt.⁷⁹ Dem ist beizustimmen, dass es aufgrund der hohen Forderungen des BGH⁸⁰ tatsächlich schwierig ist, verlässlich Klauseln auszuhandeln.⁸¹ Das Anknüpfen an das Aushandeln würde aber nur sinnvoll sein, wenn sodann sichergestellt ist, dass gerade Geschäfte von §§ 305 ff. BGB ausgenommen werden, bei welchen die Vertragspartner nicht schutzwürdig sind.⁸² Dies vermag diese Lösung aber nicht vollumfänglich zu erreichen. Denn Parteien sind nicht ausschließlich dann nicht schutzbedürftig, sofern sie zwingend über die Bedingungen verhandeln – eine einseitige Überprüfung der Bedingungen kann ebenso ausreichen, die Informationsasymmetrie zu beseitigen.⁸³ Andererseits birgt ein Senken der Voraussetzungen hinsichtlich des „Aushandeln“ die Gefahr, dass die Bedingungen nicht als AGB eingestuft werden, obwohl die Parteien nicht „richtig“

⁷⁰ Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 739, der deshalb eine Flucht ins Schweizer Recht nur für großvolumige Transaktionen als vorteilhaft ansieht.

⁷¹ So wohl auch Schäfer, BB 2012, 1231 (1232); v. Westphalen, NJW 2009, 2977 (2981).

⁷² Auch eine Kontrolle im b2b-Verkehr vornehmend: Dänemark, Finnland, Belgien, Italien, Kroatien, Litauen, Schweden, Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, Kommentar, 13. Aufl. 2022, Vorbem. Rn. 108.

⁷³ Natürlich ist hier eine Abwägung zwischen diesen Risiken und den Nachteilen der Anwendung einer ausländischen Rechtsordnung erforderlich. Zu letzteren vgl. Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 739 ff.

⁷⁴ Leuschner, in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Kommentar, 2021, Einl. Rn. 50; Meller-Hannich, AnwBl 2012, 676 (682); Rodemann, NZBau 2023, 561 (562).

⁷⁵ Leuschner, JZ 2010, 875 (883).

⁷⁶ Vgl. Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 713 ff. m.w.N.

⁷⁷ Fornasier, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 310 Rn. 26 ff.; ähnlich Herresthal, Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich, 2020, S. 35 ff.

⁷⁸ Berger, NJW 2010, 465 (467 ff.); Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658 (2660 ff.).

⁷⁹ Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658 (2660).

⁸⁰ Siehe oben II. 2.

⁸¹ Berger, ZIP 2006, 2149 (2152); a.A. v. Westphalen, ZIP 2018, 1101 (1101 ff.).

⁸² Implizit Axer, Rechtfertigung und Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2012, S. 175; Leuschner, JZ 2010, 875 (882).

⁸³ Leuschner, JZ 2010, 875 (882).

verhandelt haben⁸⁴ und dadurch gerade keine Richtigkeitsgewähr für den Vertrag besteht.⁸⁵ Letztlich ist bei einigen Vorschlägen auch zweifelhaft, inwiefern die konkret vorgeschlagenen Lösungsansätze tatsächlich zu mehr Rechtssicherheit führen werden, als es de lege lata der Fall ist.⁸⁶ Dieser Ansatz ist damit nicht in ausreichendem Maße in der Lage, die Problematik der AGB-Kontrolle im b2b-Verkehr aufzulösen.

2. Bezugspunkt Prüfungsmaßstab

Stattdessen könnte überlegt werden, der Kritik zur AGB-Kontrolle im b2b-Verkehr Rechnung zu tragen, indem der Prüfungsmaßstab des §§ 310 Abs. 1 S. 2, 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB angepasst wird. Während manche⁸⁷ dies auf der Ebene des *lex lata* fordern, wollen dies andere⁸⁸ durch eine Gesetzesänderung realisieren. Da die Gerichte erst kürzlich ihre Rechtsprechungslinie bestätigt haben, ist ersteres jedoch eher wenig erfolgsversprechend.⁸⁹ Mehreren Vorschlägen ist dabei gemeinsam, dass sie die „Gegebenheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs“ in höherem Maße berücksichtigen wollen.⁹⁰ Dabei geht allerdings nicht hervor, wann (Größe des Unternehmers, fachliche Kenntnis, Vertragswert, etc.) diese unternehmerischen Bedürfnisse zu beachten sind.⁹¹ Sofern andere hinsichtlich des Wertungsmaßstabs auf eine „gute unternehmerische Praxis“ abstellen,⁹² ist dem entgegenzuhalten, dass bereits zweifelhaft ist, ob eine solche Praxis überhaupt rechtssicher festgestellt werden kann.⁹³ Auch generell ist gegen das Anknüpfen nur am Prüfungsmaßstab einzuwenden, dass jedenfalls Auslegungszweifel nicht notwendigerweise wegfallen. Denn der veränderte Prüfungsmaßstab ändert nichts an der Qualifikation der Bedingungen als AGB, sodass Gerichte ihre Rechtsprechung zur objektiven Auslegung von AGB stets weiterführen können. Dieser Reformvorschlag hilft somit ebenfalls nicht befriedigend weiter.⁹⁴

3. Vertragswert als Obergrenze des AGB-Rechts

Daher wollen andere die Anwendung des AGB-Rechts von einem bestimmten Vertragswert als Obergrenze abhängig machen.⁹⁵ Dies bietet zum einen den Vorteil, dass das Anknüpfen an einen konkreten

⁸⁴ v. Westphalen, BB 2010, 195 (198) beispielhaft für den Vorschlag von Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658 (2662).

⁸⁵ Vgl. Dauner-Lieb, AnwBl 2013, 845 (846); ferner Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 895 f.

⁸⁶ Ausführlich etwa v. Westphalen, ZIP 2018, 1101 (1104 ff.).

⁸⁷ Armbrüster, NZA-Beilage 2019, 44 (48 ff.); Fornasier, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 310 Rn. 29 ff.

⁸⁸ Teilweise mit einer Änderung des „Aushandeln“ kombinierend Berger, NJW 2010, 465 (469); DAV, AnwBl 2012, 402; Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658.

⁸⁹ Im Erg. Berger, NJW 2010, 465 (465 f.).

⁹⁰ Berger, NJW 2010, 465 (469); Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658.

⁹¹ v. Westphalen, ZIP 2018, 1101 (1108).

⁹² DAV, AnwBl 2012, 402; Herresthal, Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich, 2020, S. 110 ff.

⁹³ v. Westphalen, ZIP 2018, 1101 (1108 f.).

⁹⁴ Leuschner, in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Kommentar, 2021, Einl. Rn. 58.

⁹⁵ Leuschner, JZ 2010, 875 (884); nur für einen Verzicht der §§ 307 ff. Drygala, JZ 2012, 983 (988); nur für das Merkmal des „Aushandeln“ berücksichtigen wollend Becker, JZ 2010, 1098 (1105) und Lischek/Mahnken, ZIP 2007, 158 (162); a.A. Fröhlich, ZVertriebsR 2025, 362 (365), nach dem dies zumindest allein keine befriedigende Lösung ist; McColgan, Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen, 2020, S. 286 ff.

Wert rechtssicher ist.⁹⁶ Andererseits wird aber auch spezifisch an die Schutzbedürftigkeit hinsichtlich einer AGB-Kontrolle angeknüpft.⁹⁷ Denn sofern die Transaktionskosten in keinem Missverhältnis zum Vertragswert stehen, lohnt es sich für den Verwendungsgegner, Mittel aufzuwenden, um die AGB zu analysieren und ggf. zu verhandeln.⁹⁸ Zwar ist dabei eigentlich der subjektive Vertragswert für den Verwendungsgegner entscheidend.⁹⁹ Da dieser aber nicht einsehbar für den Vertragspartner ist, muss stattdessen auf einen objektiven Wert ausgewichen werden – weil der subjektive Vertragswert grundsätzlich aber mit steigendem objektiven Wert ansteigt, stellt dieser einen geeigneten Parameter dar.¹⁰⁰

Nachgegangen muss allerdings noch der Frage, welcher Vertragswert entscheidend sein soll. Vorgeschlagen wird etwa auf 100.000 €, ¹⁰¹ 500.000 €, ¹⁰² 1.000.000 € ¹⁰³ oder 3.000.000 € ¹⁰⁴ abzustellen. Becker begründet seinen Vorschlag von 500.000 € mit einer Überschlagsrechnung, durch die die durchschnittlichen Transaktionskosten berechnet werden sollen.¹⁰⁵ Zum einen wird hierbei aber unzureichend berücksichtigt, dass die Transaktionskosten je nach Vertragskonstellation unterschiedlich hoch ausfallen;¹⁰⁶ Leuschner möchte daher konsequenterweise einen „Sicherheitsaufschlag“ addieren.¹⁰⁷ Zum anderen ist durch die Überschlagsrechnung noch nicht klargestellt, ab welchem Transaktionskosten-Vertragswert-Verhältnis Unternehmer tatsächlich bereit sind, Informationskosten aufzuwenden. Um letzterem nachzugehen, sollten durch Umfragen in der Praxis empirische Daten erlangt werden.¹⁰⁸ Von einer etwaigen Kritik, dass eine Wertgrenze stets willkürlich festgesetzt sei,¹⁰⁹ kann sodann nicht mehr die Rede sein.¹¹⁰ Ohnehin ist die Bestimmung fester Wertgrenzen übliches Vorgehen des Gesetzgebers.¹¹¹

4. Berücksichtigung wirtschaftlicher Machtgefälle

Zu hinterfragen ist dennoch, ob neben dem Geschäftswert auch wirtschaftliche Abhängigkeits-

⁹⁶ Becker, JZ 2010, 1098 (1105); a.A. aufgrund Berechnungsschwierigkeiten Kieninger, AnwBl 2012, 301 (302); Stoffels, AGB-Recht, 5. Aufl. 2024, Rn. 553b; dies überzeugend widerlegend Leuschner, ZIP 2015, 1045 (1050 f.).

⁹⁷ Leuschner, JZ 2023, 875 (883 f.).

⁹⁸ Siehe oben II. 1.

⁹⁹ Leuschner, ZIP 2015, 1045 (1049).

¹⁰⁰ Leuschner, ZIP 2015, 1045 (1049); a.A. McColgan, Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen, 2020, S. 288 f.

¹⁰¹ Drygala, JZ 2012, 983 (988).

¹⁰² Becker, JZ 2010, 1098 (1105); auf 500.000 £ abstellend The Law Commission/The Scottish Law Commission, Unfair Terms in Contracts, S. 131, (21.4.2026).

¹⁰³ Leuschner, JZ 2010, 875 (884).

¹⁰⁴ Pfeiffer, ZGS 2004, 401.

¹⁰⁵ Hierbei wird von einem Stundensatz von 200 € für Rechtsberatung und einem Arbeitsaufwand von 25 h ausgegangen, sodass sich Transaktionskosten von 5000 € ergeben (1 % der Wertgrenze), Becker, JZ 2010, 1098 (1105).

¹⁰⁶ Leyens/Schäfer, AcP 2007 (207), 771 (794).

¹⁰⁷ Leuschner, ZIP 2015, 1045 (1049).

¹⁰⁸ Ebenso Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771 (795); dass mit steigendem Geschäftsvolumen der Wille zur ausführlicheren Vertragsgestaltung steigt, wurde bereits empirisch belegt, Leuschner, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, S. 166 f., (21.4.2026).

¹⁰⁹ Stoffels, AGB-Recht, 5. Aufl. 2024, Rn. 553b.

¹¹⁰ In diese Richtung bereits Becker, JZ 2010, 1098 (1105).

¹¹¹ Becker, JZ 2010, 1098 (1105).

verhältnisse mitberücksichtigt werden sollten.¹¹² Denn wenn ein Vertragspartner überhaupt nicht verhandlungsbereit ist, dann scheint auch die (noch so detailreiche) Analyse der AGB durch den Verwendungsgegner unmittelbar nicht weiterführend zu sein. Bei näherer Betrachtung sorgt jedoch auch hier der Marktmechanismus für Abhilfe. Denn wenn ein AGB-Verwender auf Angebots- oder auf Nachfrageseite im Rahmen der Vertragsverhandlungen nicht bereit ist, bestimmte Risiken auf sich selbst abzuwälzen bzw. auf gewisse Forderungen des Verwendungsgegners einzugehen, wird sich dieser einen anderen Vertragspartner zum Kontrahieren suchen.¹¹³ Der nicht verhandlungsbereite Unternehmer würde damit ökonomisch irrational handeln, sofern er nicht in gewissem Maße verhandlungsbereit ist. Dieser „Marktautomatismus“ besteht jedoch dann nicht mehr, wenn dem nicht verhandlungsbereiten Unternehmer ein Monopol zukommt oder marktverzerrende Abreden vorliegen. Dann bleiben dem sich in einer „take it or leave it – Situation“ befindlichen Unternehmer lediglich die Möglichkeit, den Vertrag entweder mit den vorgesetzten Bedingungen abzuschließen oder gar nicht einzugehen. Die Verhinderung solcher Marktsituationen ist allerdings grundsätzlich nicht Aufgabe des AGB-Rechts, sondern Sache des Kartellrechts.¹¹⁴ Somit besteht kein Bedarf, neben dem Geschäftswert auch wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnisse zu berücksichtigen.

5. „Typische“ Verträge des Verwendungsgegners

Unabhängig von dem Geschäftswert sind Unternehmer auch dann nicht schutzbedürftig, sofern sie häufig das vertragsgegenständliche Geschäft tätigen, diese also zum Kernbereich ihrer Tätigkeit zählen.¹¹⁵ So hat sich Axer dafür ausgesprochen, die Befreiung der AGB-Kontrolle gerade an diesen Kernbereich zu knüpfen.¹¹⁶ Obwohl ökonomische Gesichtspunkte dafür sprechen, ist hiergegen einzuwenden, dass es schwierig zu beurteilen ist, wann dieses Merkmal beim jeweiligen Unternehmer vorliegt.¹¹⁷ Gerade der Verwendungsgegner kann dies im Rahmen der Vertragsverhandlungen schlecht bzw. nicht sicher einsehen. Dadurch könnte die Rechtsunsicherheit sogar noch zunehmen – dieser Anknüpfungspunkt ist folglich nicht in die Beschränkung miteinzubeziehen.¹¹⁸

IV. Ergebnis

Aufgrund der durch Anwendung des AGB-Rechts im unternehmerischen Verkehr erzeugten Rechtsunsicherheit, ist stets eine Reform dessen angebracht. Der durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz geschaffene § 310 Abs. 1a BGB ist dabei nicht in der Lage, das Problem insgesamt zu beseitigen. Stattdessen sollte die Problematik insgesamt angegangen werden und eine Regelung für den gesamten unternehmerischen Verkehr geschaffen werden. Legistisch sollte dies durch einen Geschäftswert als Obergrenze für die Anwendung der §§ 305–309 BGB umgesetzt werden. Der Wert dieser Obergrenze sollte dabei durch empirische Forschung noch genauer ermittelt werden, um eine willkürliche Festsetzung auszuschließen.

¹¹² Dafür *Leuschner*, in: *Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr*, Kommentar, 2021, Einl. Rn. 51 ff.

¹¹³ Vgl. *Drygala*, JZ 2012, 983 (987).

¹¹⁴ Vgl. *Leuschner*, JZ 2010, 875 (884); zweifelnd *Drygala*, JZ 2012, 983 (986 f.).

¹¹⁵ Siehe oben II. 1.

¹¹⁶ *Axer*, Rechtfertigung und Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2012, S. 136 f.; dies für das „Aushandeln“ berücksichtigen wollend *Kieninger*, AnwBl 2012, 301 (306).

¹¹⁷ *Leuschner*, ZIP 2015, 1045 (1051).

¹¹⁸ *Casper*, ZHR 187 (2023), 5 (17); *Leuschner*, ZIP 2015, 1045 (1051).