

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

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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 Schumann 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
B.	<i>Reformdiskussion um deutsches AGB-Recht</i>	44
I.	Reaktionen der Praxis auf BGH-Rechtsprechung und Reformdiskussion.....	45
1.	Broschüren zur Bewerbung des Rechtsstandortes.....	45
2.	69. Deutscher Juristentag 2012	46
3.	BMJV und <i>Leuschner</i> -Studie (2014).....	46
4.	Initiativen verschiedener Wirtschaftsverbände	48
5.	Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode (März 2018).....	49
II.	Argumente des Reformdiskurses der §§ 305 ff. BGB für den unternehmerischen Rechtsverkehr	50
1.	Argumente für eine AGB-Reform	50
a)	Kritik an Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB auf unternehmerische Verträge.....	51
b)	Hohe Hürden für Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr.....	52
c)	Kritik an Anforderungen des Aushandelns	53
d)	Mangelnde Wettbewerbsfähigkeit des deutschen AGB- Rechts und Zwang zur Rechtsflucht	55
e)	Keine Rechtsprechungsänderung ersichtlich	58
f)	Ziele der Reformbefürworter.....	58
2.	Argumente gegen eine AGB-Reform	60
a)	Angemessenheit und Rechtssicherheit derzeitiger Inhaltskontrolle für unternehmerische Verträge	60
b)	Indizwirkung entspricht Leitbildfunktion des geschriebenen Rechts gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.....	63

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 „Aushandeln“ 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. Ausweismöglichkeiten 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. Ausweismöglichkeiten 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. Analysierte 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>	365
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>	367
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>	370
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
EWZ	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)
KfHG	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.	Strategic Management Journal
stRspr.	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 milderen 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>>; *Vogenaier*, 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 / Pickenbrock*, 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 Rechtswahnnachteil 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.

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 Rechtssystems 218
- (Eindruck einer) Neutralität des Rechts 213–215
- englische Sprache und/oder Vielsprachigkeit 211–213
- Forum 218 f.
- großer Finanz-, Versicherungs- und Rückversicherungssektor 219 f.
- materielles Recht 202
- Möglichkeit der Haftungsbeschränkungen 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/Haftungsbeschränkungsklauseln
- 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 Unternehmen) 255–258
- bevorzugte Rechtswahl (der Unternehmen) 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.
 ernsthafte 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