

AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr

Leuschner

2021

ISBN 978-3-406-69390-8

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Auf die diesbezüglichen Ausführungen kann an dieser Stelle verwiesen werden. Zusammenfassend gilt hiernach Folgendes (siehe auch grafische Darstellung in der Matrix → Rn. 116):

- Das an § 309 Nr. 7a angelehnte **Freizeichnungsverbot für Körper- und Gesundheitsschäden** wirkt **absolut**, dh, es verbietet nicht nur einen vollständigen Haftungsausschluss, sondern auch jede Form der Haftungsbeschränkung (→ Rn. 32).
- Das aus § 307 Abs. 2 Nr. 2 abgeleitete **Freizeichnungsverbot** bezüglich der Haftung für die Verletzung **wesentlicher Vertragspflichten** verbietet grundsätzlich nur den vollständigen Haftungsausschluss, **lässt aber Haftungsbeschränkungen nach Vorgaben der Vorhersehbarkeitsformel zu** (→ Rn. 64 ff.). Zu beachten ist jedoch, dass im Bereich der Haftung für die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten zusätzliche Restriktionen aus dem Freizeichnungsverbot für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit folgen können.
- Das an § 309 Nr. 7b angelehnte Freizeichnungsverbot für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit wirkt in Bezug auf die Haftung des Verwenders und leitender Angestellten absolut, dh **verbietet** nicht nur einen solchen Haftungsausschluss, sondern auch **jede Form der Haftungsbeschränkung** (→ Rn. 104 ff.). Ob selbiges auch bezüglich der Haftung für einfache Erfüllungsgehilfen gilt oder insoweit eine Beschränkbarkeit auf Grundlage der Vorhersehbarkeitsformel in Betracht kommt, ist auf Grundlage der BGH-Rechtsprechung **offen** (→ Rn. 110).

116 e) Matrix der Freizeichnungsverbote. Die nachfolgende Matrix gibt einen Überblick über die Gestaltungsspielräume, die auf Grundlage des **Freizeichnungsverbots für wesentliche Vertragspflichten** (→ Rn. 33 ff.) und des **Freizeichnungsverbots für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit** (→ Rn. 94 ff.) verbleiben (das gegebenenfalls zusätzlich zu berücksichtigende Freizeichnungsverbot für Körper- und Gesundheitsschäden ist in der Matrix nicht abgebildet).

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

= Absolutes Freizeichnungsverbot

= Beschränkbarkeit auf vertragstypischen, vorhersehbaren Schaden

= Vollständige Dispositivität

= Ungeklärt, ob absolutes Freizeichnungsverbot oder Beschränkbarkeit auf vertragstypischen, vorhersehbaren Schaden

Einzelrklärungen:

- Für die Felder 1a und 1c folgt ein absolutes Freizeichnungsverbot (Haftung ist noch nicht einmal beschränkbar) bereits aus § 276 Abs. 3, sofern es um die Haftung des Verwenders bzw. seiner Organe geht.
- Für die Felder 1a, 1b, 2a und 2b folgen Beschränkungen sowohl aus dem Freizeichnungsverbot für wesentliche Vertragspflichten als auch aus dem Freizeichnungsverbot für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit
- Für die Felder 1c, 1d, 2c und 2d folgen Beschränkungen aus dem Freizeichnungsverbot für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit
- In den Feldern 1a–d und 2a–d kann die Haftung nicht vollständig ausgeschlossen werden. Ob sie zumindest nach Maßgabe der Vorhersehbarkeitsformel eingeschränkt werden kann, ist nicht restlos geklärt. Da das Freizeichnungsverbot für wesentliche Vertragspflichten eine entsprechende Beschränkbarkeit grundsätzlich zulässt, kommt es entscheidend auf den Umfang des Freizeichnungsverbots für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit an. Während bezüglich der Haftung des Verwenders und seiner leitenden Angestellten eine Haftungsbeschränkung nicht in Betracht kommen dürfte (Felder 1a, 2a, 1c und 2c; → Rn. 107), ist die Frage bezüglich der Haftung für einfache Erfüllungsgehilfen offen (Felder 1b, 2b, 1d und 2d → Rn. 107, 110).
- Da in den Feldern 3a und 3b alleine das Freizeichnungsverbot für wesentliche Vertragspflichten greift, kann hier die Haftung nach Maßgabe der Vorhersehbarkeitsformel beschränkt werden.
- In den Feldern 3c und 3d greift kein Freizeichnungsverbot, sodass die Haftung frei beschränkbar ist und folglich sogar vollständig ausgeschlossen werden kann.

3. Auswirkung des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion. Dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion (ausführlich → BGB Rn. § 306 Rn. 56 ff.) kommt im Zusammenhang mit Freizeichnungsklauseln eine **besondere Bedeutung** zu.³²⁴ Wird die Klausel nur einem der maßgeblichen Freizeichnungsverbote partiell nicht gerecht, führt dessen Anwendung dazu, dass die Klausel **insgesamt unwirksam** ist und sich die Haftung nach den **Regelungen des dispositiven Rechts** richtet (§§ 249, 276 → Rn. 6 f.). So genügt es für die Unwirksamkeit einer Freizeichnungsklausel, dass diese nicht zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vertragspflichten unterscheidet; welcher Kategorie die streitgegenständliche Pflichtverletzung zuzuordnen ist, spielt keine Rolle.³²⁵ Ebenso wenig kommt es auf den streitgegenständlichen Verschuldensgrad an, wenn die maßgebliche Freizeichnungsklausel aufgrund des Fehlens einer entsprechenden Differenzierung unwirksam ist.³²⁶ Schließlich lehnt es die Rechtsprechung auch ab, eine Haftungsbeschränkung, die die Vorgaben der Vorhersehbarkeitsformel missachtet, mit einem Umfang, der der Vorhersehbarkeitsformel genügt, aufrechtzuerhalten.³²⁷ **Ausnahmen** vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion hat der BGH lediglich im Zusammenhang mit Freizeichnungsklauseln in den ADSP anerkannt und dies damit begründet, dass aufgrund der Mitwirkung der beteiligten Verkehrskreise an deren Entstehung der Schutzzweck des AGB-Rechts nicht in gleicher Weise greife und daher eine Gesamtnichtigkeit entbehrlich mache.³²⁸

³²⁴ Vgl. auch von Westphalen/Thüsing/von Westphalen Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln Rn. 137 f.

³²⁵ BGH I ZR 233-95, NJW-RR 1998, 1426 (1427) – Bremer Lagerhaus; X ZR 211/98, NJW-RR 2001, 342 (343) – Sägewerk.

³²⁶ BGH I ZR 172/93, NJW 1996, 1407.

³²⁷ BGH VIII ZR 238/91, NJW 1993, 335 (336) – Fugendichtungsmasse.

³²⁸ BGH I ZR 70/93, NJW 1995, 3117 (3118); I ZR 90/93, NJW 1995, 2224 (2225 f.).

H. Praxisempfehlung

I. Perspektive des Verwenders

- 119 Für den Verwender stellt sich in der Praxis die Frage, wie er bei der Formulierung von Freizeichnungsklausel mit den weitreichenden Einschränkungen der Vertragsfreiheit umgehen soll. Eine auf den ersten Blick nahe liegende Strategie besteht darin, bei der Formulierung von Freizeichnungsklauseln streng auf die **Konformität mit der auf Grundlage der §§ 307 ff. ergangenen BGH-Rechtsprechung** zu achten, dh sämtlichen höchstrichterlich postulierten Einschränkungen Rechnung zu tragen (siehe im Einzelnen Matrix → Rn. 116).³²⁹ Die Freizeichnung reduziert sich insoweit im Wesentlichen auf den Ausschluss der Haftung für die leicht fahrlässige Verletzung nicht wesentlicher Vertragspflichten. Darüber hinaus kann in einigen Fällen die Haftung nach Maßgabe der Vorhersehbarkeitsformel beschränkt werden. Diese schließt summenmäßige Haftungsbeschränkungen nicht aus, setzt aber voraus, dass diese großzügig bemessen werden. Sofern Zweifel bestehen, wie etwa bezüglich der Einschränkung der Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einfacher Erfüllungsgehilfen (→ Rn. 105 ff.), liegt es auf Grundlage eines solchen Ansatzes nahe, sich jeweils an der restriktiveren Sichtweise zu orientieren. Dadurch wird das Risiko minimiert, dass ein Gericht einen Verstoß gegen die §§ 307 ff. feststellt und in der Folge aufgrund des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion die Klausel insgesamt für nichtig erklärt.
- 120 Ob dieser aus juristischer Sicht naheliegende Ansatz in jedem Fall auch **ökonomisch sinnvoll** ist, erscheint indes **fragwürdig**. Eine Freizeichnungsklausel, die versucht, sämtlichen vom BGH auf Grundlage der §§ 307 ff. ergangenen Rechtsprechung gerecht zu werden, führt zu keiner nennenswerten Abweichung vom dispositiven Recht und entfaltet daher **kaum einen relevanten Nutzen**.³³⁰ Insbesondere die für den unternehmerischen Rechtsverkehr zentralen Risiken, die Haftung wegen Leistungsverzögerung, Qualitätsabweichungen und entgangenen Gewinns, können auf diese Weise nicht zwischen den Parteien aufgeteilt werden. Hinzu kommt, dass auch bei noch so sorgfältigem Vorgehen ein gewisses Unwirksamkeitsrisiko verbleibt. Verwiesen sei in diesem Zusammenhang auf die Vertragshändlervertrag-Entscheidung, in der der BGH eine bewusst an seiner Kardinalpflicht-Rechtsprechung orientierte Formulierung wegen Intransparenz für unwirksam erachtet hat (→ Rn. 18).³³¹ Unter **Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten** wird es vor diesem Hintergrund häufig vorzuzugwürdig sein, bei der Formulierung von Freizeichnungsklauseln unter Zugrundelegung liberalerer Rechtsauffassungen in der juristischen Literatur in stärkerem Maße vom dispositiven Recht abzuweichen und dabei bis zu einem gewissen Grad das **Risiko einer gerichtlichen Invalidierung in Kauf zu nehmen**. Für ein solches Vorgehen spricht, dass auch von einem Unwirksamkeitsrisiko betroffene Klauseln in der Praxis eine Wirkung entfalten, weil für die Gegenseite stets ein gewisses Prozessrisiko verbleibt oder sie es mit Blick auf die bestehende Kundenbeziehung scheut, sich auf die Unwirksamkeit der Klausel zu berufen (zur Bedeutung von AGB als „Soft Law“ Einf. Rn. 42). Das gilt umso mehr, wenn die Freizeichnungsklausel Gegenstand von Verhandlungen war und es in der Folge zumindest nicht gänzlich ausgeschlossen ist, dass sie gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 der AGB-Kontrolle entzogen ist. Hinzu kommt, dass sich der in einem solchen Szenario eintretende „Worst Case“ – die Gesamtnichtigkeit der Klausel sowie die Anwendung dispositiven Rechts – kaum negativ von der Situation unterscheidet, in der der Verwender von vornherein sämtlichen Kautelen der BGH-Rechtsprechung Rechnung getragen hätte.³³²

³²⁹ Siehe Formulierungsbeispiel bei *Schmidt/Hermann*, § 11 Rn. 1 ff.

³³⁰ Siehe auch *Leuschner* ZIP 2015, 1326 (1330).

³³¹ BGH VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496 (1505) – Vertragshändlervertrag.

³³² Zumindest im Zusammenhang mit Freizeichnungsklauseln wird man daher eine (potentiell) AGB-widrige Vertragsklausel daher nicht als „erheblichen Wettbewerbsnachteil“ (so *Schmidt/Hermann* § 2 Rn. 27) bezeichnen können.

Eine größere Zurückhaltung mag allerdings geboten sein, wenn AGB im Massenverkehr eingesetzt werden und in der Folge das Risiko einer wettbewerbsrechtlichen Abmahnung relevant ist (→ BGB § 306 Rn. 102 ff.).

Besonders problematisch ist die Situation, wenn der Verwender im Rahmen **groß-** **121**
volumiger und risikoträchtiger Vertragsschlüsse (zB Anlagebau, Unternehmenskauf, Kontraktlogistik) in besonderem Maße auf eine (insbesondere summenmäßige) Haftungsbeschränkung angewiesen ist. Ungeachtet der im Zusammenhang mit entsprechenden Vertragsschlüssen üblichen umfangreichen Verhandlungen besteht auf Grundlage der BGH-Rechtsprechung ein erhebliches Risiko, dass die maßgeblichen Regelungen der Risikoallokation als AGB qualifiziert und in der Folge für unwirksam gehalten werden. Da die insoweit als Mittel der Risikoallokation branchenüblichen Haftungsbeschränkungen mit den auf Grundlage der §§ 307 ff. vom BGH entwickelten Grundsätze evident unvereinbar sind, muss insoweit das Augenmerk darauf gerichtet sein, **dem Anwendungsbereich der §§ 305 ff. zu entkommen**. Mögliche Strategien sind die Vermeidung der Verwender-eigenschaft, Flucht in eine ausländische Rechtsordnung³³³ sowie die Vereinbarung von Schiedsklauseln (ausführlich → BGB § 305 Rn. 159 ff.).

Eine Alternative kann darin bestehen, die institutionellen **Haftungsbeschränkungen** **122**
des Gesellschaftsrechts nutzbar zu machen. So ist es denkbar, beim Vertragsschluss Zweckgesellschaften („Special Purpose Vehicle“) einzusetzen, um auf diese Weise eine Haftungsabschirmung zu erreichen. Die Vereinbarung vertraglicher Freizeichnungsklauseln würde dadurch entbehrlich. Indes erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Gerichte im Streitfall – nicht zuletzt zur Verhinderung von Wertungswidersprüchen mit dem AGB-Recht – einen Haftungsdurchgriff in Erwägung ziehen.

II. Perspektive des Anspruchstellers (Klauselgegner)

Angesichts der restriktiven BGH-Rechtsprechung liegt es für diejenigen, dessen Ansprüche **123**
durch eine Freizeichnungsklausel negativ betroffen sind, stets nahe, hiergegen mit der **AGB-Einrede** vorzugehen, dh, die Unvereinbarkeit der Freizeichnungsklausel mit den §§ 307 ff. zu behaupten. Angesichts der kaum zu erfüllenden Anforderungen, die der BGH an eine Individualvereinbarung im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 3 stellt, gilt dies auch, wenn die Freizeichnungsklausel Gegenstand umfangreicher Verhandlungen war. In Kumulation mit dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion besteht für den Verwender nahezu immer ein erhebliches Risiko, dass sich die Freizeichnungsklausel vor Gericht nicht durchsetzen lässt.

I. Reformdiskussion

Im Rahmen der Diskussion um eine mögliche Reform der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr spielte die Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln stets eine besondere Rolle. Auch der vom Bundesministerium für Recht und Verbraucherschutz 2013 in Auftrag gegebene **Forschungsauftrag** zur Ermittlung eines entsprechenden Reformbedarfs legte den **Fokus ausdrücklich auf das Thema der Haftungsbeschränkung** (siehe auch → Einf. Rn. 46 ff.).³³⁴ Hintergrund war die Vermutung, dass eine Liberalisierung im Bereich der Haftungsbeschränkung am ehesten konsensfähig sei. Das wiederum beruht auf der Annahme, dass diejenigen Akteure, die aufgrund ihrer strukturellen wirtschaftlichen Unterlegenheit von einer strengen AGB-Kontrolle am meisten profitieren und gegen eine Reform opponieren, typischerweise auf Auftragnehmerseite stehen

³³³ Zu den deutlich größeren Spielräumen bei der Vereinbarung von Haftungsausschlüssen auf Grundlage des französischen, englischen, österreichischen und schweizerischen Rechts *Leuschner* ZEuP 2017, 335 ff.

³³⁴ Siehe Beschreibung der Hintergründe im Abschlussbericht *Leuschner*, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, S. 11 ff.

(Zulieferer, Handwerker etc.). Ihr Hauptaugenmerk richtet sich insoweit nicht auf die AGB-rechtliche Behandlung von Haftungsbeschränkungen (zu ihren Gunsten wirkende Haftungsbeschränkungen vermögen sie mangels Verhandlungsmacht meist nicht durchzusetzen), sondern die zugunsten der Auftraggeber wirkenden Haftungserweiterungen (insbesondere Vertragsstrafen und Schadenspauschalen).

- 125 Der auf Grundlage des Forschungsauftrags erstellte **Abschlussbericht bejaht einen Reformbedarf**.³³⁵ Er legt dar, dass die in vielen Bereichen der Wirtschaft üblichen und als interessengerecht empfundenen Haftungsbeschränkungen nicht mit der Rechtsprechung des BGH vereinbar sind und daher einem erheblichen Unwirksamkeitsrisiko unterliegen. Zugleich wird herausgearbeitet, dass das deutsche Recht rechtsvergleichend insoweit eine Sonderrolle einnimmt.³³⁶ Als besonders kritisch beurteilt wird, dass die in vielen Branchen üblichen summenmäßigen Haftungsbeschränkung nicht mit der vom BGH entwickelten Vorhersehbarkeitsformel (→ Rn. 64 ff.) vereinbar sind. Aufbauend auf dem Abschlussbericht findet sich der Vorschlag einer speziell auf Haftungsbeschränkungen zielenden **Gesetzesänderung (§ 309a BGB-E)**, wonach summenmäßige Haftungsbeschränkungen in AGB zulässig sein sollen, wenn sie dem Verwender einen ausreichenden Anreiz zum sorgfältigen Handeln belassen und der Verwender seinen Vertragspartner auf den Haftungshöchstbetrag ausdrücklich hinweist.³³⁷ Die erste Voraussetzung findet ein Vorbild in der Rechtsprechung des französischen Cour de Cassation,³³⁸ die zweite Voraussetzung in § 449 Abs. 2 Nr. 1 HGB. Von Seiten der Politik wurde der Vorschlag bisher nicht aufgegriffen.

J. Branchenspezifische Klauselgestaltungen

I. Dienstleistungsverträge (insb. IT- Outsourcing)

- 126 Der Begriff der Dienstleistungsverträge umfasst eine Vielzahl von Vertragsgestaltungen, die rechtlich den Kategorien der Dienst- und Werkverträge zuzuordnen sind. Von zunehmender Bedeutung sind hierbei Verträge über das Outsourcen von Leistungen, deren Gegenstand nahezu jeder Teil der Wertschöpfungsaktivität eines Unternehmens sein kann. Praxisrelevant ist insbesondere das Outsourcen von Leistungen der elektronischen Datenverarbeitung (IT) wie etwa der Cloud-Nutzung³³⁹ oder der Überlassung von Software im Verbund mit weiteren Serviceleistungen (zur Kontraktlogistik → Rn. 131).³⁴⁰ Pflichtverletzungen des Dienstleisters können für diesen existenzbedrohende Folgeschäden in unkalkulierbarer Höhe nach sich ziehen (z. B. im Fall des Datenverlustes).³⁴¹ In der Praxis werden daher zwei Wege beschritten, um das Haftungsrisiko zu mindern: Verbreitet sind zum einen **prozentuale Haftungsbeschränkungen bzw. der Ausschluss von Folgeschäden** (insb. entgangener Gewinn).³⁴² Zum anderen ist es üblich, im Rahmen **sog. Service Level Agreements** das Leistungsversprechen mit bestimmten Einschränkungen zu versehen. So werden beispielsweise Verfügbarkeitsklauseln vereinbart, in denen definiert wird, dass ein

³³⁵ Leuschner, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, S. 287 ff.

³³⁶ Hierzu auch Leuschner ZEuP 2017, 335 ff.

³³⁷ Leuschner ZIP 2015, 1045 ff.; hierzu von Westphalen ZIP 2015, 1316 (1322 ff.) mit Erwidern Leuschner ZIP 2015, 1326 (1330 f.).

³³⁸ Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 22.10.1996, Bulletin Civil IV, n° 261; Chambre Commerciale, 30.5.2006, D. (Daloz Actualité) 2006, S. 2288; Chambre Commerciale 29.6.2010, Bulletin 2010, IV, n° 115; näher dazu Leuschner, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, S. 95 ff.

³³⁹ Vgl. Leupold/Glossner/Stögmüller Teil 4, Rn. 1.

³⁴⁰ Zur Marktbedeutung des IT-Outsourcing Hoffmann-Becking/Gabele/Bartsch Outsourcing, Anm. 1.

³⁴¹ Mann, MMR 2012, 499 (501 f.); Söbbing S. 500.

³⁴² Hörl, ITRB 2006, 17 (19 f.); Mann, MMR 2012, 499 (501 f.); speziell zum Cloud Computing-Verträgen Boehm ZEuP 2016, 358 (372 ff.); s. auch Musterklauseln von Redeker/Heymann/Lensdorf, Handbuch IT-Verträge § 25.2 und Hoffmann-Becking/Gabele/Bartsch Outsourcing § 25 (2) Abs. 2, Abs. 4 sowie Formulierungsvorschläge bei Söbbing S. 497, 500, 502.

Server oder eine Dienstleistung im Jahresmittel nicht zu 100 %, sondern lediglich zu 95 % verfügbar ist.³⁴³

Die Konformität der beschriebenen Gestaltung mit der Rechtsprechung des BGH ist erheblichen Zweifeln ausgesetzt. Insbesondere Haftungshöchstgrenzen, die sich an der Vertragsvergütung orientieren, dürften mit der **Vorhersehbarkeitsformel kaum vereinbar** sein (→ Rn. 64 ff.).³⁴⁴ So ist beispielsweise der Gewinnausfall bei Nichtverfügbarkeit von Daten ein typischer Schaden, dessen Ersatzfähigkeit unter Zugrundelegung der BGH-Rechtsprechung nicht beschränkt werden dürfte.³⁴⁵ Ob Verfügbarkeitsklauseln und andere Einschränkungen des Leistungsversprechens der Inhaltskontrolle unterfallen, hängt davon ab, ob es sich um eine **nicht kontrollierbare Leistungsbeschreibung** oder eine **kontrollfähige Einschränkung oder Modifikation der Leistungspflicht** handelt (allgemein hierzu → BGB § 307 Rn. 159 f.).³⁴⁶ Für Ersteres spricht, dass es sich bei den Parametern um identitätsstiftende Produktmerkmale, bzw. Mindeststandards handelt,³⁴⁷ die eine bessere Kontrollierbarkeit der Servicequalität sicherstellen³⁴⁸ und die Vergleichbarkeit am Markt ermöglichen.³⁴⁹ Für die Praxis bleibt aber das Risiko, dass Gerichte entsprechende Klauseln als versteckte Haftungsbeschränkung qualifizieren und ihnen auf Grundlage dieser Einschätzung die Wirksamkeit versagen.³⁵⁰

II. Transportbereich

Für den Bereich des Transportrechts ist zunächst festzuhalten, dass bereits das HGB verschiedene **gesetzliche Haftungsbeschränkungen** vorsieht. So hat im Rahmen eines Frachtvertrags der Frachtführer nach § 429 Abs. 1 HGB für Güterschäden – für die er nach § 425 Abs. 1 HGB verschuldensunabhängig einstehen muss (sog. Obhutshaftung) – lediglich Wertersatz zu leisten, welcher zudem gemäß § 431 S. 1 HGB der Höhe nach auf den Betrag von 8,33 Sonderziehungsrechten (SZR) pro Kilogramm Rohgewicht des Gutes begrenzt ist. Entsprechendes gilt nach § 461 Abs. 1 S. 1 für Speditionsverträge. Eine Modifikation dieser Regelungen durch AGB ist für Frachtverträge in § 449 Abs. 1 S. 1 HGB und für Speditionsverträge in § 466 Abs. 1 HGB im Grundsatz ausgeschlossen. Ausdrücklich möglich ist jedoch, den gesetzlichen Haftungshöchstbetrag auf einen beliebigen Wert innerhalb eines sog. „**Haftungskorridors**“ (2 – 40 SZR) zu ändern (§§ 449 Abs. 2, 466 Abs. 2 HGB).

Eine Modifikation der gesetzlichen Haftungsregelungen für Fracht- und Speditionsverträge erfolgt in der Praxis häufig durch die Einbeziehung der **Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp)**.³⁵¹ Als unproblematisch erweisen sich insoweit die in Ziff. 23.1 ADSp vorgenommenen Änderungen der verschuldensunabhängigen Haftung für Güterschäden, welche sich auf eine Ausnutzung des in den §§ 449 Abs. 2, 466 Abs. 2 HGB vorgesehenen Haftungskorridors beschränken (→ Rn. 128).³⁵² Auf den ersten Blick kritischer zu beurteilen sind hingegen diejenigen Abweichungen vom dispositiven Recht, die die verschuldensabhängige Haftung betreffen. So soll nach Ziff. 22.2 ADSp auch insoweit bei Güterschäden lediglich Wert- und Kostenersatz geleistet werden (was den Ersatz von

³⁴³ S. Peter CR 2005, 404 ff.; Schuster CR 2009, 205 (206 f.); siehe auch Beispiele bei Hoffmann-Becking/Gabele/Bartsch Outsourcing Anm. 45.

³⁴⁴ Hörl, ITRB 2006, 17 (20); Boehm ZEuP 2016, 358 (376).

³⁴⁵ Vgl. Boehm ZEuP 2016, 358 (376). Instrukтив zu Schadensbemessung beim Verlust von Daten betrieblich genutzte Computer BGH VI ZR 173/07 = NJW 2009, 1066 (1067 f.).

³⁴⁶ Für Leistungsbeschreibungen in IT-Outsourcing-Verträgen ausführlich S. Peter CR 2005, 404 (408 ff.).

³⁴⁷ Schreiber/Taraschka CR 2003, 557.

³⁴⁸ Mann MMR 2012, 499 (500 f.).

³⁴⁹ S. Peter CR 2005, 404 (410 f.). Nicht speziell für Outsourcing, sondern Access Providing-Verträge von Westphalen/Thüsing/Hoeren, E-Commerce-Verträge, Rn. 11; Redeker, IT-Recht, Rn. 789; Schuster CR 2009, 205 (206).

³⁵⁰ So LG Karlsruhe 13 O 180/04, CR 2007, 396 (397).

³⁵¹ Die Ausführungen beziehen sich auf die Version der ADSp von 2019.

³⁵² Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Bahnsen ADSp Nr. 23 Rn. 27 „unproblematisch“.

Folgeschäden ausschließt). Zusätzlich finden sich in den Ziff. 23.3 ff. ADSp verschiedene die Haftungshöhe betreffende Beschränkungen. Da diese im Unterschied zur Obhutshaftung nicht mit Verschärfungen auf Ebene des Haftungsgrundes korrespondieren, müssen sie sich an den allgemeinen Kriterien für die Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln messen lassen.³⁵³ Dem trägt indes Ziff. 27.1 ADSp Rechnung, der für die die verschuldensabhängige Haftung betreffenden Freizeichnungen **weitgehende Rückausnahmen** vorsieht. Die Freizeichnung beschränkt sich hiernach im Ergebnis auf leicht fahrlässige Verletzungen nicht wesentlicher Vertragspflichten sowie die Beschränkung der Haftung für die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten auf den typischen, vorhersehbaren Schaden. Da hiernach sämtlichen Vorgaben der BGH-Rechtsprechung Rechnung getragen wird, erweist sich die Regelung des Ziff. 22.2 als im Ergebnis unbedenklich.³⁵⁴ Der Diskussion, ob der ADSp eine Sonderstellung einzuräumen ist,³⁵⁵ bedarf es in diesem Kontext nicht.

- 130 Für andere Leistungen des Transportrechts, die in den ADSp keine Erwähnung finden, existieren als weiteres Klauselwerk die sogenannten **Logistik-AGB**.³⁵⁶ Auch hier werden zunächst in Ziff. 14 summenmäßige Haftungsbeschränkungen eingeführt, die anschließend in Ziff. 15 durch Rückausnahmen an die Vorgaben der Rechtsprechung angepasst werden.³⁵⁷ Kritisch zu beurteilen ist jedoch die in Ziff. 15.3 1. Alt. vorgesehene Ausnahme von der Rückausnahme, gemäß derer die Haftungsbeschränkungen auf leicht fahrlässige Verletzungen wesentlicher Vertragspflichten doch Anwendung finden sollen. Die Regelung ist nicht nur systematisch äußerst unglücklich, sondern steht zudem in einem **Spannungsverhältnis zur Vorhersehbarkeitsformel des BGH** (→ Rn. 64 ff.). Dass die vorgesehenen Haftungshöchstbeträge (z. B. Begrenzung des ersatzfähigen Schadens gemäß Ziff. 14.2.4 auf 600.000 Euro pro Jahr) den vertragstypischen, vorhersehbaren Schaden abdecken, erscheint zweifelhaft. Rechtfertigen lässt sich die Abweichung aber möglicherweise dadurch, dass die Bedingungen für den Vertragspartner die Option vorsehen, durch Zahlung eines Zuschlags eine Anhebung der Höchstbeträge zu erreichen (Ziff. 14.3, sog. Wert- bzw. Interessendeklaration; → Rn. 75, 88).
- 131 Freizeichnungsklauseln sind auch im Bereich der sogenannten **Kontraktlogistik** üblich. Dieser umfasst über den Transport und die Lagerung hinausgehende, komplexe logistische Dienstleistungen rund um den gesamten Warenentstehungs- und Vermarktungsprozess des Vertragspartners (z. B. Abwicklung von Bestellungen und Rechnungen, die Erstellung von Belieferungsplänen, die Abstimmung von Abhol- und Lieferzeiten).³⁵⁸ Es handelt sich um einen Unterfall des Outsourcing (→ Rn. 126).³⁵⁹ Die der Kontraktlogistik zugrunde liegenden Verträge sind meist individuell gestaltet, enthalten aber standardmäßig **summenmäßige Haftungsbeschränkungen**, die häufig nach einzelnen Risikokategorien (Elementarrisiken, Inventarrisiko etc.) differenzieren.³⁶⁰ Verbreitet sind auch Ausschlüsse der Haftung für leichte Fahrlässigkeit, eine Begrenzung der Haftung auf einen bestimmten Betrag pro Rohgewicht, einen bestimmten Betrag pro Schadensfall und einen bestimmten Jahreshöchstbetrag.³⁶¹ Ebenfalls anzutreffen ist die Vereinbarung so genannter **Key Performance Indicators**, dh konkreter Leistungsparameter (einschließlich der zu ihrer Feststellung maßgeblichen Kontrollmechanismen), deren Erreichen bzw. Nichterreichen im Einzelnen de-

³⁵³ Diesen Zusammenhang betonend ua *Canaris* § 31 Rn. 22; *MüKoHGB/Hesse* § 475 Rn. 1.

³⁵⁴ Ebenso *Koller ADSp* 2017 Ziff. 22 Rn. 10.

³⁵⁵ So geschehen etwa in BGH I ZR 70/93, NJW 1995, 3117 (3118 f.); X ZR 242/99, NJW-RR 2002, 536 (537); Zweifel am Fortbestehen der Sonderrolle ergeben sich etwa aus BGH I ZR 174/00, NJW 2003, 1397 (1398); I ZR 58/03, NJW-RR 2006, 267 ff.

³⁵⁶ Die Ausführungen beziehen sich auf die Version der Logistik-AGB von 2019.

³⁵⁷ Die Qualifikation der Regelungen durch Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Reuschle*, Vor § 407 Rn. 215 als Schadenspauschalen ist unzutreffend.

³⁵⁸ *Mühlencoert* S. 19 sowie umfassend zu den möglichen Leistungsbestandteilen S. 106 ff.; *Schriefers TranspR* 2009, 11 ff.

³⁵⁹ Vgl. *Mühlencoert* S. 1 ff.; zur Abgrenzung *Gimmler*, S. 524.

³⁶⁰ Vgl. *Krins TranspR* 2007, 269 ff.; *Knorre/Demuth/Schmid/Schmid* III. Logistik, Rn. 51.

³⁶¹ *Krins TranspR* 2007, 269; *Knorre/Demuth/Schmid/Schmid*, III. Logistik, Rn. 51.

finierte Auswirkungen auf die Vergütung hat bzw. (vielfach verschuldensunabhängig) Vertragsstrafen oder pauschalierte Schadensersatzansprüche auslöst.³⁶² Auch wenn entsprechende Verträge meist intensiv verhandelt werden, ist damit zu rechnen, dass die darin enthaltenen Freizeichnungsklauseln im Zweifel nicht die Anforderungen erfüllen, die der BGH an eine Individualvereinbarung im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 3 stellt. Ihre Vereinbarkeit mit den §§ 307 ff. erscheint zweifelhaft, sofern man deren Konkretisierung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung zugrunde legt. Insbesondere die summenmäßigen Haftungsbeschränkungen dürften mit der **Vorhersehbarkeitsformel des BGH unvereinbar** sein (→ Rn. 64 ff.). Der Ausschluss der Haftung für einfache Fahrlässigkeit verstößt zudem gegen das Freizeichnungsverbot für die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten (→ Rn. 33 ff.). Bezüglich der Vereinbarung von Leistungsparametern gelten die zuvor zu Dienstleistungsverträgen gemachten Ausführungen entsprechend → Rn. 126).

III. Lieferverträge zwischen Zulieferer und Produzent

Als Zulieferer werden Unternehmen bezeichnet, die Teile, Komponenten, Systeme etc. **132** an Endprodukthersteller liefern. Die Besonderheit von Zulieferern gegenüber anderen Lieferanten besteht darin, dass Zuliefererprodukte bei der Weiterverarbeitung keiner Substanzänderung unterzogen werden und sich daher noch als eigenständige Bestandteile der Endprodukte identifizieren lassen.³⁶³ Die Rechtsbeziehung zwischen Zulieferer und Produzent ist in der Regel **kaufrechtlicher Natur**.³⁶⁴ Üblicherweise werden zwischen den Parteien **langfristige Rahmenverträge** geschlossen, auf deren Grundlage der Produzent die Leistung vom Zulieferer im Einzelfall abrufen kann.³⁶⁵ Hierbei handelt es sich um Sukzessivlieferungs- oder Dauerschuldverhältnisse (zu den in solchen Verträgen üblichen Qualitätssicherungsvereinbarungen → Verhaltensrichtlinien Rn. 19).³⁶⁶

Zulieferer haben ein berechtigtes Interesse daran, ihre Haftung zu beschränken.³⁶⁷ Dies **133** folgt daraus, dass der Wert des Zuliefererprodukts häufig nur einen geringen Teil des Endprodukts ausmacht und mögliche Folgeschäden daher außer Verhältnis zum wirtschaftlichen Interesse des Zulieferers am Vertragsschluss stehen.³⁶⁸ Die einschlägigen Formularhandbücher sehen daher insbesondere einen **Haftungsausschluss für Folgeschäden** und/oder einen **Haftungshöchstbetrag** vor.³⁶⁹ Die Vereinbarkeit entsprechender Klauseln mit den §§ 307 ff. begegnet auf Grundlage der BGH-Rechtsprechung jedoch erheblichen Bedenken.³⁷⁰ Da die meisten relevanten Folgeschäden (insbesondere entgangener Gewinn) vertragstypisch und vorhersehbar sind, widerspricht ein entsprechender Ausschluss der Vorhersehbarkeitsformel des BGH (→ Rn. 64 ff.). Gleiches gilt in der Regel für Haftungshöchstbeträge. Zwar können diese so bemessen werden, dass sie den vertragstypischen und vorhersehbaren Schaden abdecken. In der Regel wird es den Parteien aber gerade darauf ankommen, durch entsprechende Klauseln den Schaden zwischen den Parteien aufzuteilen.

³⁶² Mühlencoert S. 124, 135 ff.; vgl. auch Schriefers TranspR 2009, 11 (14).

³⁶³ Leuschner, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, S. 81.

³⁶⁴ Häufig handelt es sich wohl um Werkverträge, auf die gemäß § 651 S. 1 BGB Kaufrecht anzuwenden ist.

³⁶⁵ Vgl. die Muster Beck'sche Online-Formulare Vertrag/Mansour Pour Rafsendjani, Ziff. 10.4. und Hoffmann-Becking/Gebele/Meyer-Sparenberg, III.A.2 (nicht speziell auf Zulieferer zugeschnitten, sondern allgemein auf Rahmen-Lieferverträge).

³⁶⁶ Zur Abgrenzung MüKoBGB/Westermann, vor § 433 Rn. 33.

³⁶⁷ In der Praxis sind sie allerdings mangels Marktmacht häufig nicht in der Lage, entsprechende Klauseln durchzusetzen (vgl. Schäfer BB 2012, 1231, (1233)).

³⁶⁸ Stellungnahme des Zivilrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins, AnwBl 5/2012, 402 (404).

³⁶⁹ Muster Beck'sche Online-Formulare Vertrag/Pour Rafsendjani, Ziff. 10.4.3, § 7 (2); Hoffmann-Becking/Gebele/Meyer-Sparenberg III.A.2, § 6 (3) S. 2.

³⁷⁰ So auch Beck'sche Online-Formulare Vertrag/Pour Rafsendjani, Ziff. 10.4.3, § 7 (2), Anm. 33, die daher in Ziff. 10.4.1, § 7 (2) eine Formulierung vorschlagen, die den Vorgaben des BGH Rechnung trägt.