



# Betriebs Berater

24 | 2021

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... 14.6.2021 | 76. Jg. Seiten 1409–1472

## DIE ERSTE SEITE

**Prof. Dr. Jens M. Schmittmann**, RA/FAHaGesR/FAInsR/FAStR/StB  
75 Jahre Betriebs-Berater: ein solider Kompass in einer komplexen Welt

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen**, RA  
Zwingendes Recht als Innovationstreiber und die Privatisierung des Rechts | 1410

**Dr. Truiken J. Heydn**, RAin  
Die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr – ein Hindernis für die Digitalisierung! | 1420

## STEUERRECHT

**Prof. Dr. Roman Seer**  
Steuervereinfachung – Postulat des Rechts | 1433

**Prof. Dr. Jochen Lüdicke**, RA/StB/FAStR, und **Dr. Astrid Eiling**, RAin/FAinStR  
Erste Überlegungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts | 1439

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Prof. Dr. habil. Heinrich Weber-Grellet**, Vors. RiBFH a. D.  
Der Betriebs-Berater als Forum bilanzrechtlicher Entwicklungen | 1451

## ARBEITSRECHT

**Prof. Dr. Gregor Thüsing**, LL.M.  
Schritte zur sozialen Neuordnung: Zeitgemäße und zeitgebundene Betriebsverfassung | 1460

**Prof. Dr. Tim Jesgarzewski**, RA/FAArbR  
Benachteiligungsverbote und Entgeltgleichheit | 1464

Dr. Truiken J. Heydn, RAin

# Die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr – ein Hindernis für die Digitalisierung!

Die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr ist ein deutsches Unikat. Soweit ersichtlich gibt es keine andere Rechtsordnung, in der in ähnlichem Ausmaß die Freiheit von Unternehmen beschränkt wird, die Inhalte der Verträge selbst zu bestimmen, die sie mit anderen Unternehmen schließen. Bereits dieser Befund, der den Bestrebungen zuwiderläuft, das Recht innerhalb der EU schrittweise zu harmonisieren, wäre seit vielen Jahren Anlass genug gewesen, das zwischen Unternehmen geltende AGB-Recht auf den Prüfstand zu stellen. Konkreter Handlungsbedarf besteht nach der Auffassung der Verfasserin nun mit Blick auf die Digitalisierung. Eine gänzlich andere Auffassung ist in dem Aufsatz von Graf von Westphalen in diesem Jubiläumshft nachzulesen. Pluralismus und unterschiedliche Meinungen sind essentieller Bestandteil einer demokratischen Diskussionskultur, auch wenn es um wirtschaftsrechtliche Themen geht.

## I. Der Wirtschaftsstandort Deutschland und die Digitalisierung

Die Covid-19-Pandemie hat es zu Tage gefördert: Deutschland hat den Anschluss an die Digitalisierung verpasst. So jedenfalls formulierte es die Süddeutsche Zeitung am 16.11.2020. Je höher der Digitalisierungsgrad in einem bestimmten Bereich der Gesellschaft, desto besser konnten die Lockdowns verkraftet werden. Unternehmen, die sich bereits vor Ausbruch der Pandemie den Herausforderungen der Digitalisierung gestellt und auf internetbasierte IT-Infrastrukturen umgestellt hatten, also etwa den Server im Büro und die Anwendungen auf den Rechnern der Mitarbeiter durch Cloud-Lösungen sowie Software as a Service (SaaS)-Anwendungen ersetzt hatten und dadurch weder besonders leistungsfähige Hardware noch eine besonders schnelle Internetverbindung an Home-Office-Arbeitsplätzen benötigten,<sup>1</sup> konnten ihre Mitarbeiter ohne zusätzliche Investitionen im Home Office arbeiten lassen. Die Verlierer waren diejenigen Bereiche mit hohem Nachholbedarf in Sachen Digitalisierung, allen voran Schulen und Bildungseinrichtungen. Aber auch die öffentliche Verwaltung und die Justiz taten sich mit digitaler Kommunikation schwer. Es fehlte an allem: Notebooks, schnelle Internetanschlüsse, ortsunabhängige Verfügbarkeit von Daten in der Cloud usw.

Die Covid-19-Pandemie könnte daher die Politik veranlassen, Digitalisierung zu fördern und Hindernisse der Digitalisierung zu beseitigen. Dass der politische Wille hierzu grundsätzlich vorhanden ist, dokumentiert die Datenstrategie der Bundesregierung vom 27.1.2021.<sup>2</sup> Eines dieser Hindernisse, das allerdings in der Datenstrategie der Bundesregierung nicht erwähnt wird, ist das deutsche AGB-Recht. Obgleich ursprünglich als Verbraucherschutzrecht gegenüber Unternehmen (B2C) konzipiert, gilt das AGB-Recht heute in nahezu gleicher Weise auch für Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmen (B2B). Mit der Geltung des AGB-Rechts im B2B-Bereich, deren Kritik

und den daraus resultierenden Nachteilen für den Rechts- und Wirtschaftsstandort Deutschland hat sich die Literatur vielfach auseinandergesetzt<sup>3</sup> und zum Teil konkrete Vorschläge für Änderungen des Gesetzestexts unterbreitet,<sup>4</sup> nachdem der Versuch der Literatur, die Situation für Unternehmen *de lege lata* zu verbessern,<sup>5</sup> nicht zu dem gewünschten Erfolg geführt hatte. Die Verfasserin berät und vertritt seit vielen Jahren in- und ausländische Unternehmen im Zusammenhang mit Digitalisierungsprojekten. Dieser Beitrag stellt dar, warum das AGB-Recht im B2B-Bereich gerade die Digitalisierung behindert und was getan werden kann, um das zu ändern.

Das AGB-Recht im B2C-Bereich einschließlich der Regressmöglichkeiten innerhalb der einem B2C-Geschäft vorgelagerten Vertriebskette sollte nicht geändert werden. Das Schutzbedürfnis von Verbrauchern ist durch die Digitalisierung größer geworden. Der europäische Gesetzgeber hat daher im Jahr 2019 zwei Verbraucherschutzrichtlinien erlassen, die bis 1.7.2021 umzusetzen sind. Die RL 2019/770/EU über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen<sup>6</sup> gilt u. a. für Software und Apps.<sup>7</sup> Die RL 2019/771/EU über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs ersetzt die RL 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter. Sie gilt u. a. für „Waren mit digitalen Elementen“, regelt also insbesondere erstmals Gegenstände des Internet of Things (IoT). Beide Richtlinien gelten explizit nur für den B2C-Bereich, enthalten allerdings Vorschriften für den Rückgriff innerhalb der vorgelagerten Vertriebskette. Die Bundesregierung hat die entsprechenden Gesetzesentwürfe zur Umsetzung dieser Richtlinien am 13.1.2021 und am 10.2.2021 vorgelegt.<sup>8</sup> In Anbetracht des (notwendigen und richtigen) höheren Verbraucherschutzniveaus im Hinblick auf digitale Leistungen ist es umso wichtiger und dringender, Einflüsse der Verbraucherschutzgesetze auf das B2B-Vertragsrecht zu verhindern, die über den Regress in der vorgelagerten Vertriebskette hinausgehen, etwa über die „Hintertür“ des AGB-Rechts.

1 Vgl. hierzu Heydn, MMR 2020, 435.

2 <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/992814/1845634/f073096a398e59573c7526feaadd43c4/datenstrategie-der-bundesregierung-download-bpa-data.pdf?download=1>, (Abruf: 23.2.2021).

3 Armbrüster, NZA-Beilage 2019, 44; Müller, IWRZ 2018, 153; Pfeiffer, NJW 2017, 913; Salger, IWRZ 2017, 49; Maier-Reimer, NJW 2017, 1; Schlinkert, ZRP 2017, 222; Müller, NZM 2016, 185; Leuschner, NJW 2016, 1222; Berger, NJW 2010, 465; Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658; Berger/Kleine, BB 2007, 2137; Lischek/Mahnken, ZIP 2006, 158.

4 Einen guten Überblick über die Vorschläge gibt Müller, IWRZ 2018, 153, 157 ff.

5 Vgl. z. B. Berger/Kleine, BB 2007, 2137; Kessel/Jüttner, BB 2008, 1350.

6 Nicht verbindliche konsolidierte Fassung unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:02019L0770-20190522&from=EN> (Abruf: 23.2.2021).

7 Erwägungsgrund 19 der RL 2019/770/EU; Schippel, K&R 2020, 117.

8 [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_BereitstellungdigitalerInhalte.pdf;jsessionid=D0476DB00E99CE4FF5B8D876E2B7956.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_BereitstellungdigitalerInhalte.pdf;jsessionid=D0476DB00E99CE4FF5B8D876E2B7956.2_cid324?__blob=publicationFile&v=3) und [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Warenkaufrichtlinie.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Warenkaufrichtlinie.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (jeweils Abruf: 20.5.2021).

## II. Historische Entwicklung

Das BGB ist 121 Jahre alt, das kodifizierte AGB-Recht immerhin 44 Jahre.<sup>9</sup> Dem Inkrafttreten des AGBG ging eine jahrzehntelange höchstrichterliche Rechtsprechung voraus, die den Schutz gegen unangemessene AGB wahrgenommen hatte,<sup>10</sup> und deren Ursprünge sich bis ins 19. Jahrhundert zurückverfolgen lassen.<sup>11</sup> In solchen Fällen lohnt sich immer ein Blick auf die historische Entwicklung. Denn Gesetze können nur aus der Zeit heraus verstanden werden, in der sie entstanden sind. Haben sich die Lebenssachverhalte, die durch ein Gesetz geregelt werden, seit der Entstehung des Gesetzes grundlegend verändert, ist das Gesetz einer kritischen Prüfung zu unterziehen. So ist es auch hier: Das Ende des kalten Krieges, der Europäische Binnenmarkt und die Globalisierung der Märkte in Verbindung mit verbesserten Kommunikationsmöglichkeiten über das Internet haben dazu geführt, dass inländische Unternehmen sehr viel mehr Verträge mit ausländischen Unternehmen schließen als noch vor 40 oder 60 Jahren. Und auch die Art und Weise, wie Verträge zwischen Unternehmen geschrieben, verhandelt und geschlossen werden, hat sich im Zuge der Digitalisierung grundlegend verändert.

### 1. AGB

AGB sind „als Massenphänomen ein Kind der Industriellen Revolution des 19. Jahrhunderts“.<sup>12</sup> Genau genommen unterscheidet man zwischen der ersten industriellen Revolution zu Beginn des 19. Jahrhunderts, die durch die Erfindung der Dampfmaschine ausgelöst wurde (heute auch als „Industrie 1.0“ bezeichnet), und der zweiten industriellen Revolution am Ende des 19. Jahrhunderts, die mit Einführung der Elektrizität begann („Industrie 2.0“). Die Serienproduktion standardisierter Waren und Dienstleistungen führte dazu, dass auch die vertraglichen Bedingungen, zu denen diese Waren und Leistungen abgesetzt wurden, standardisiert wurden.<sup>13</sup> Im 20. Jahrhundert begannen nicht nur Versicherer, Verkehrsunternehmen und Banken damit, ihre Leistungen nur noch unter Einbeziehung ihrer AGB anzubieten, sondern auch Hersteller und Zwischenhändler von Waren sowie Dienstleistungsunternehmen.<sup>14</sup>

Nach der Einführung von Informationstechnologie (IT) im Produktionsprozess in den 1970er Jahren (dritte industrielle Revolution oder „Industrie 3.0“) sind wir nunmehr in der vierten industriellen Revolution angekommen („Industrie 4.0“), die mit Einführung des Internets die Kommunikation zwischen Menschen und zwischen Mensch und Maschine digitalisiert und globalisiert und einen globalen Informationsaustausch zwischen Maschinen untereinander ermöglicht hat. Durch das Internet of Things (IoT) sind Kraftfahrzeuge, Haushaltsgeräte und Gebäudetechnik (Heizung, Rollläden, Beleuchtung, Alarmanlagen, Videoüberwachung) zu Computern geworden, auf die mit mobilen Geräten von jedem Ort der Welt, an dem das Internet verfügbar ist, zugegriffen werden kann. Für all diese Geräte werden nunmehr CPUs, Arbeitsspeicher und Software benötigt.

Beim Absatz von Waren und Dienstleistungen entfällt ein Großteil auf Unternehmenskunden, und trotz zunehmender Digitalisierung von Privathaushalten sind auch die Kunden der Digitalwirtschaft überwiegend Unternehmen. Das B2B-Geschäft unterscheidet sich vom B2C-Geschäft insofern, als zwischen Unternehmen häufig langjährige Geschäftsbeziehungen bestehen, auf deren Grundlage zahlreiche gleichartige Einzeltransaktionen (Warenlieferungen, Dienstleistungen etc.) abgewickelt werden. Das B2B-Geschäft ist also in Bezug auf die Anzahl der erbrachten Einzelleistungen Massengeschäft, in Be-

zug auf die Kundenbeziehungen hingegen oftmals nicht. Es gibt zahlreiche Unternehmen, beispielsweise Automobilzulieferer, die nur wenige Kunden haben, von denen jeder einzelne in großem Umfang Leistungen abnimmt. Das B2C-Geschäft ist hingegen in Bezug auf die Kundenbeziehungen regelmäßig Massengeschäft, wobei der einzelne Kunde die Leistung innerhalb eines bestimmten Zeitraums zumeist nur einmal abnimmt. Im B2C-Geschäft ist es daher sinnvoll, wenn einerseits der Anbieter gleichartige Leistungen an zahlreiche Kunden zu standardisierten Vertragsbedingungen anbietet und andererseits der Verbraucher durch das AGB-Recht vor unfairen Vertragsbedingungen geschützt ist. Im B2B-Geschäft ist indes nicht einzusehen, warum z. B. in langjährigen Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen eine der beiden Parteien durch die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle nahezu ebenso wie ein Verbraucher geschützt werden soll, nur weil die andere Partei (möglicherweise zufällig) den Vertragstext vorgelegt hat.

### 2. Das AGB-Recht als Verbraucherschutzrecht

Das AGB-Recht ist vor allem Verbraucherschutzrecht. So wurde bereits in der Gesetzesbegründung zum AGBG als Ziel des Gesetzes formuliert, „den Vertragsteil, insbesondere den Letztverbraucher, der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterworfen wird, vor unangemessenen, einseitig vorformulierten Vertragsbedingungen zu schützen“.<sup>15</sup> Zwar galt die Generalklausel des AGB-Rechts (§ 307 BGB, vormals § 9 AGBG) von Anfang an im B2B-Bereich mit der Maßgabe, dass „auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche [...] angemessen Rücksicht zu nehmen [ist]“ (§ 310 Abs. 1 S. 2 BGB, vormals § 24 S. 2 AGBG). In der Gesetzesbegründung zum AGBG heißt es dazu, dass sich die Vorschriften des AGBG „im wesentlichen als Ausprägung des die Rechtsordnung insgesamt beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben“ verstehen, und dass deshalb „die grundlegenden und übergreifenden Schutzvorschriften [...] für die Gesamtheit des bürgerlichen Vertragsrechts gelten“ sollen.<sup>16</sup> Gleichwohl wurde damals betont, dass „der Schutz der Verbraucher gegenüber unangemessenen AGB ein vorrangiges rechtspolitisches Anliegen ist“, und dass beachtet werden müsse, dass „der kaufmännische Rechtsverkehr wegen der dort herrschenden Handelsbräuche, Usancen, Verkehrssitten und wegen der zumeist größeren rechtsgeschäftlichen Erfahrung der Beteiligten auf eine stärkere Elastizität der für ihn maßgeblichen vertragsrechtlichen Normen angewiesen ist als der Rechtsverkehr mit dem Letztverbraucher“.<sup>17</sup>

Nach vier Jahrzehnten BGH-Rechtsprechung ist von dieser Elastizität kaum etwas übriggeblieben. Vielmehr gelten die Vorschriften der §§ 308, 309 BGB über den „Umweg“ der Generalklausel des § 307 BGB mehr oder weniger eins zu eins auch im B2B-Bereich.<sup>18</sup> Insbesondere die sogenannte Kardinalpflichtenrechtsprechung des BGH, nach welcher die Schadensersatzhaftung für die Verletzung von wesentlichen Vertragspflichten bei einfacher Fahrlässigkeit durch AGB

<sup>9</sup> Der Gesetzentwurf des AGB-Gesetzes der Bundesregierung (BT-Drucks. 7/3919) datiert vom 6.8.1975. Das Gesetz wurde am 15.12.1976 verkündet und trat am 1.4.1977 in Kraft. Im Zuge der Schuldrechtsreform wurde das AGBG zum 1.1.2002 in das BGB integriert.

<sup>10</sup> Basedow, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2019, vor § 305, Rn. 11 f.

<sup>11</sup> Armbrüster, NZA-Beilage 2019, 44, 45 m. w. N.

<sup>12</sup> Basedow, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2019, vor § 305, Rn. 1.

<sup>13</sup> Basedow, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2019, vor § 305, Rn. 1.

<sup>14</sup> Basedow, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2019, vor § 305, Rn. 1.

<sup>15</sup> BT-Drs. 7/3919 v. 6.8.1975, 1.

<sup>16</sup> BT-Drs. 7/3919 v. 6.8.1975, 14.

<sup>17</sup> BT-Drs. 7/3919 v. 6.8.1975, 14.

<sup>18</sup> Armbrüster, NZA-Beilage 2019, 44, 46 m. w. N.; Maier-Reimer, NJW 2017, 1, 3; Graf von Westphalen spricht insofern von einer „Parallelschaltung“ zum Verbraucherschutz, BB 2017, 2051, 2055.

nicht generell ausgeschlossen, sondern nur auf den bei Vertragsschluss vorhersehbaren und vertragstypischen Schaden begrenzt werden kann,<sup>19</sup> die über den Wortlaut von § 309 Nr. 7 b) BGB weit hinausgeht, gilt auch gegenüber Unternehmern.<sup>20</sup> Gleiches gilt für den Abschluss von Gewährleistungsansprüchen gemäß § 309 Nr. 8 lit. b aa) BGB.<sup>21</sup>

Die Erwartung, dass durch das AGBG zwar für Verbraucherverträge eine deutliche Anhebung der maßgeblichen Standards erfolge, jedoch im kaufmännischen Verkehr lediglich der bereits bekannte Stand der Rechtsprechung festgeschrieben werde,<sup>22</sup> hat sich nicht erfüllt. Vielmehr hat das AGB-Recht seit dem Inkrafttreten des AGBG gerade im B2B-Bereich eine erhebliche Eigendynamik entfaltet.<sup>23</sup> Insbesondere die Entscheidungen des BGH aus den Jahren 2012 und 2015 zu Bring-or-Pay-Klauseln,<sup>24</sup> in denen u. a. die Voraussetzungen für das Tatbestandsmerkmal „im Einzelnen ausgehandelt“ in § 305 Abs. 1 S. 3 BGB weiter eingengt wurden, wurden in der Literatur heftig kritisiert.<sup>25</sup>

### 3. „Vorformulierte Vertragsbedingungen“: Das Schreiben von Verträgen

Die Digitalisierung hat die Vorgehensweise bei der Abfassung von Verträgen erheblich verändert. Zur Zeit der Kodifizierung des AGB-Rechts in den 1970er Jahren arbeiteten Unternehmen, insbesondere deren Rechts- und Vertragsabteilungen, ebenso wie Rechtsanwaltskanzleien, noch mit Schreibmaschinen. Computer, Textverarbeitungsprogramme und Drucker hielten erst etwa zehn Jahre später Einzug in die Büros. IBM brachte den ersten Personal Computer (PC) 1981 auf den Markt,<sup>26</sup> das Betriebssystem für PCs, MS-DOS von Microsoft, stammt aus dem Jahr 1982,<sup>27</sup> ebenso wie die MS-DOS-Versionen der Textverarbeitungsprogramme WordStar<sup>28</sup> und WordPerfect.<sup>29</sup> Bis dahin hatten Unternehmen keine Möglichkeit, einmal verwendete Vertragstexte elektronisch abzuspeichern und einfach und ohne Aufwand wiederzuverwenden. Dementsprechend werden in der Gesetzesbegründung zum AGB-Gesetz als typische Beispiele der Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen „gedruckte, vervielfältigte oder am Ort des Vertragsschlusses ausgehängte Geschäftsbedingungen“ genannt.<sup>30</sup> Die damals hohen Kosten des Druckens oder Vervielfältigens von Vertragsbedingungen nahm nur auf sich, wer wirklich eine Benutzung bei einer Vielzahl von Verträgen plante. Heute stehen Drucker, die ein gestochen scharfes Schriftbild produzieren, in allen Büros und – insbesondere mit zunehmender Arbeit im Home Office – in vielen Privathaushalten. Auch ein Vertrag für ein einzelnes Großanlagenprojekt, der intensiv verhandelt oder, wie das Gesetz es formuliert, „im Einzelnen ausgehandelt“ wurde (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB, vormals § 1 Abs. 2 AGBG), wird am Ende gedruckt und sodann unterschrieben. In der Digitalwirtschaft werden AGB oftmals überhaupt nicht mehr gedruckt, sondern nur in elektronischer Form auf eine Website gestellt und können von dort ausgedruckt werden. Der Umstand, dass ein Text gedruckt ist, besagt rein gar nichts mehr.

Doch nicht nur die Ausfertigung, sondern auch Vorgehensweise bei der Abfassung von Vertragstexten unterscheidet sich heute erheblich von der Vorgehensweise im Schreibmaschinenzeitalter. Während man früher Vertragstexte durchaus handschriftlich entwarf, diktierte und mit der Maschine schreiben ließ, fängt heute niemand, der einen Vertragstext schreibt, mit einem leeren Blatt Papier (bzw. einer leeren Datei) an. Im Internet, in juristischen Datenbanken, aber auch in nicht öffentlich zugänglichen Know-how-Datenbanken von Rechtsab-

teilungen und Anwaltskanzleien sind zahlreiche Muster für eine Vielzahl von Verträgen verfügbar.<sup>31</sup> Man sucht sich ein passendes Muster heraus, kopiert dieses in eine Datei und ändert es ab. Wer kein passendes Muster findet, schreibt die übliche „Hat jemand ein Vertragsmuster für ...“-E-Mail an die Kollegen innerhalb der eigenen Organisation. Kurzum: Im Zeitalter der Digitalisierung sind alle Vertragsbedingungen irgendwie vorformuliert. Niemand formuliert einen Vertrag von Anfang an neu. Wenn zwei Unternehmen einen Vertrag schließen, hängt es nicht selten vom Zufall ab, welcher der beiden Vertragspartner den ersten Vertragsentwurf vorlegt: Das kann derjenige sein, der kürzlich einen ähnlichen Vertrag abgeschlossen hat, oder schlicht und ergreifend derjenige, der schneller ist. In der Literatur wurde daher zu Recht kritisiert, dass nach der Rechtsprechung des BGH maßgeschneiderte Vertragsentwürfe, die zu den regelungsbedürftigen Themen übliche und bewährte Formulierungen aus Formularbüchern, Mustersammlungen oder früheren Arbeitsergebnissen der mit dem Vertragsentwurf beauftragten Anwälte verwenden, durchweg oder überwiegend aus „für eine Vielzahl von Fällen vorformulierten Vertragsbedingungen“ und damit aus AGB bestehen<sup>32</sup> und selbst dann AGB bleiben, wenn über diese Entwürfe tage- oder wochenlang verhandelt wird und einzelne Bestimmungen unverändert bleiben oder den gesetzesfremden Kerngehalt zwar abmildern, aber nicht aufheben.<sup>33</sup>

## III. Allgemeine Auswirkungen in der Praxis

### 1. International industrieübliche Klauseln

Im internationalen Rechtsverkehr sind bestimmte Klauseln allgemein üblich, die nach deutschem AGB-Recht zwischen Unternehmen unwirksam sind. Zur Verdeutlichung mögen die nachfolgenden Beispiele aus der Praxis dienen.

Verpflichtet sich der SaaS-Anbieter in einem Service Level Agreement zu einer bestimmten Verfügbarkeitsquote der Software pro Zeitraum (z. B. 99,8 % pro Vertragsjahr oder Kalenderjahr) und wird diese nicht eingehalten, so wird das Recht des Kunden häufig darauf beschränkt, dass er eine Gutschrift auf die Vergütung erhält (sog. Service Credits). Ansprüche auf Mangelbeseitigung oder Schadensersatz sind damit ausgeschlossen. Eine solche Klausel hält der deutschen AGB-Inhaltskontrolle nicht stand.

In vielen Fällen vermeiden es die SaaS-Anbieter bereits, überhaupt ein Service Level Agreement abzuschließen und eine bestimmte Verfügbarkeitsquote zuzusagen. Eine typische Gewährleistungsklausel ei-

19 St. Rspr., zuletzt BGH, 18.7.2012 – VIII ZR 337/11, ZIP 2012, 2064.

20 BGH, 11.7.1995 – X ZR 99/92, NJW 1996, 783, 788.

21 BGH, 12.1.1994 – VIII ZR 165/92, BB 1994, 885, NJW 1994, 1060, 1066.

22 Schmidt-Salzer, NJW 1977, 129, 136 ff.

23 Pfeiffer, NJW 2017, 913.

24 BGH, 22.11.2012 – VII ZR 222/12 – bring or pay I, BB-Entscheidungsreport Schütt, BB 2013, 403, NJW 2013, 856; BGH, 22.10.2015 – VII ZR 58/14 – bring or pay II, NZM 2016, 408.

25 Maier-Reimer, NJW 2017, 1: „Der BGH überdreht die Schraube“; Müller, IWRZ 2018, 153, 154.

26 [https://de.wikipedia.org/wiki/IBM\\_Personal\\_Computer](https://de.wikipedia.org/wiki/IBM_Personal_Computer) (Abruf: 20.5.2021).

27 <https://de.wikipedia.org/wiki/MS-DOS> (Abruf: 20.5.2021).

28 <https://de.wikipedia.org/wiki/WordStar> (Abruf: 20.5.2021).

29 <https://de.wikipedia.org/wiki/WordPerfect> (Abruf: 20.5.2021). Die erste Version des Textverarbeitungsprogramms Word von Microsoft erschien bereits im November 1983; es dauerte dann aber gut zehn Jahre, bis Word im Zuge der Einführung von Windows immer beliebter und schließlich zum Marktführer wurde.

30 BT-Drs. 7/3919 v. 6.8.1975, 16.

31 Lischek/Mahnken, ZIP 2006, 158, 159.

32 Leuschner, NJW 2016, 1222.

33 Maier-Reimer, NJW 2017, 1, 3.

nes SaaS-Anbieters von plattformbasierten B2B-Anwendungen aus Kalifornien (nachfolgend als „XY“ bezeichnet) kann dann beispielsweise wie folgt lauten:<sup>34</sup>

„7.1 Warranty for Subscription Services

XY warrants that the Subscription Services shall perform materially in accordance with the Documentation, which may be updated from time to time by XY, and the Subscription Services will not contain or transmit to You any viruses, worms, time bombs, Trojan horses and other harmful or malicious code, files, scripts, agents or programs.

7.2 Disclaimer<sup>35</sup>

Except as expressly provided in these Terms of Use, neither party makes any representations or warranties of any kind whatsoever, express or implied, in connection with the subject matter of this Agreement or the Subscription Services. Without limiting the foregoing, except as expressly provided in Section 7.1, XY disclaims any warranty that the Subscription Services will be error free or uninterrupted or that all errors will be corrected. XY further disclaims any and all warranties with respect to the Subscription Services as to merchantability, accuracy of any information provided, fitness for a particular purpose, or non-infringement. No advice or information, whether oral or written, obtained from XY or elsewhere, shall create any warranty not expressly stated in this Agreement.“

Die Gewährleistung beschränkt sich nach dieser Klausel darauf, dass die beim Anbieter gehostete und über Internetbrowser zugängliche Software (in den AGB definiert als „Subscription Services“) im Wesentlichen („materially“) wie in der Dokumentation beschrieben funktioniert und keine Malware (Computerviren, Würmer, Trojaner etc.) enthält, wobei sich der Anbieter die jederzeitige Änderung der Dokumentation vorbehält. Eine Gewährleistung für Softwaremängel oder für Unterbrechungen der Verfügbarkeit der Software wird ausgeschlossen, und es heißt ausdrücklich, dass nicht alle Softwaremängel beseitigt werden. Ferner wird jegliche Gewährleistung für die Gebrauchstauglichkeit, die Richtigkeit von Informationen, die Eignung für einen bestimmten Zweck oder Verletzungen von Rechten ausgeschlossen.

Derartige Gewährleistungsklauseln halten freilich einer deutschen AGB-Inhaltskontrolle nicht stand, sind aber international durchaus üblich, und zwar nicht nur in den USA, sondern auch beispielsweise in der Schweiz, Österreich, Frankreich, Schweden, Portugal, Polen, Slowenien, Israel, Türkei, Indien, Malaysia<sup>36</sup> und halten in diesen Ländern mit wenigen Ausnahmen<sup>37</sup> auch einer gerichtlichen Überprüfung stand. Es liegt auf der Hand, dass der deutsche SaaS-Anbieter gegenüber Anbietern aus diesen Ländern im Nachteil ist.

Ähnlich sieht es bei der Haftungsklausel des beispielhaften kalifornischen SaaS-Anbieters aus:<sup>38</sup>

„10. Limitation of Liability<sup>39</sup>

Except for liability arising from a party's breach of its obligations herein regarding Confidential Information, a breach of Section 3.3 (Restrictions), or in connection with the indemnification of third party claims relating to infringement of a third party's intellectual property rights, (A) in no event shall either party be liable to the other party for any incidental, special, exemplary or consequential damages, including loss of income, data, profits, revenue or business interruption, or cost of substitute services, or other economic loss, whether or not such party has been advised of the possibility of such damages, and whether any claim for recovery is based on theories of contract, warranty, tort (including negligence and strict liability) or otherwise, and (B) in no event shall XY's aggregate liability to You and any third party in connection with the Agreement or your access to and use of the Subscription Services exceed the total monthly subscription Fees paid or payable by You in the 12 month peri-

od preceding the claim or action, regardless of the form or theory of the claim or action.“

In diesem Beispiel wird die Haftung u.a. für Folgeschäden wie z.B. entgangenen Gewinn, Verlust von Daten, Betriebsunterbrechungen und sonstige Vermögensschäden ausgeschlossen und im Übrigen in der Höhe auf eine Jahresvergütung beschränkt. Ausgenommen von dem Haftungsausschluss sind lediglich Schäden wegen Verletzung der Vertraulichkeitsverpflichtung, Verletzung der Beschränkungen der urheberrechtlichen Befugnisse durch den Klauselgegner (!) und Verletzung von Freistellungsverpflichtungen bei Verletzung von Schutzrechten Dritter, d.h. in Fällen, in denen der Verwender ausschließlich oder zumindest auch als Anspruchsteller in Betracht kommt, ist die Haftung unbeschränkt. Derartige Haftungsklauseln sind ebenfalls in den USA, der Schweiz, Österreich, Frankreich, Schweden, Portugal, Polen, Slowenien, Israel, der Türkei, Indien und Malaysia<sup>40</sup> üblich und halten in diesen Ländern in der Regel<sup>41</sup> einer gerichtlichen Überprüfung stand.

Der deutsche SaaS-Anbieter kann in seinen AGB die Haftung nur entsprechend der Kardinalpflichtenrechtsprechung des BGH beschränken. Bei standardisierten digitalen Leistungen wie SaaS- und Cloud-Diensten ist das Aushandeln einer Haftungsbegrenzung keine praktikable Option.<sup>42</sup> Der Ausweg, den Nutzer wenigstens hinsichtlich seiner in der Cloud gespeicherten Daten zu einer (lokalen) Datensicherung zu verpflichten und dadurch das Risiko einer Haftung des Anbieters für Datenverluste zu minimieren, dürfte zwar im Hinblick auf die gesetzliche Regelung in § 254 BGB<sup>43</sup> AGB-rechtlich grundsätzlich unproblematisch sein,<sup>44</sup> läuft aber dem Zweck der Auslagerung der Datenspeicherung in die Cloud zuwider.<sup>45</sup> Denn dieser besteht regelmäßig auch darin, dem Auftraggeber das Vorhalten einer Datensicherung zu ersparen und gerade auch die Datensicherung auf den Auftragnehmer auszulagern, d.h. bei Cloud-Diensten ist die Datensicherung regelmäßig Gegenstand des erteilten Auftrags.<sup>46</sup> Cloud-Dienste werden oftmals gerade dazu benutzt, um für den Fall, dass gespeicherte Daten infolge von Bränden, Naturkatastrophen etc. verloren gehen, eine Datensicherung an einem anderen geografischen Ort zur Verfügung zu haben. Ist der Cloud-Anbieter zu einer Datensicherung verpflichtet, handelt es sich um eine Kardinalpflicht, und dann dürfte eine Verpflichtung des Auftraggebers zu einer (zusätzlichen) Datensicherung AGB-rechtlich ebenso wenig zulässig sein wie eine Beschränkung der Haftung bei leicht fahrlässiger Verletzung dieser Kardinal-

34 <https://www.marinssoftware.com/terms-of-use> (Abruf: 18.2.2021).

35 Der folgende Absatz ist in US-amerikanischen AGB zum Zwecke der Hervorhebung typischerweise in Großbuchstaben geschrieben, was die Lesbarkeit nicht gerade erleichtert, aber der rechtlichen Durchsetzbarkeit dient.

36 Diese Angaben und die Angaben im Folgenden zur Rechtslage in ausgewählten Ländern beruhen auf einer Umfrage der Verfasserin bei Mitgliedern der International Technology Law Association (ITechLaw).

37 So kann der Ausschluss der Gewährleistung für Fehler und Unterbrechungen in Österreich abhängig von der Art des Mangels undurchsetzbar sein. In der Türkei ist der Gewährleistungsausschluss nicht durchsetzbar, wenn der Mangel vom Verwender grob fahrlässig verursacht wurde; i.Ü. siehe oben Fn. 36.

38 <https://www.marinssoftware.com/terms-of-use> (Abruf: 20.5.2021).

39 Auch hier ist der folgende Absatz typischerweise in Großbuchstaben geschrieben.

40 Siehe oben Fn. 36.

41 So ist z.B. in der Türkei der Ausschluss der deliktischen Haftung (strict liability) unzulässig. In Portugal kann durch AGB die Haftung für Tod oder Körperverletzung sowie für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit und die deliktische Haftung nicht ausgeschlossen werden, durch Individualvereinbarung hingegen schon; i. Ü. siehe oben Fn. 36.

42 Wicker, MMR 2014, 787, 790.

43 Vgl. hierzu Heydn, in: Schuster/Grützmaker, Kommentar IT-Recht, 2020, § 254 BGB, Rn. 11 ff.

44 Wicker, MMR 2014, 787, 790.

45 Wicker, MMR 2014, 787, 790.

46 Vgl. hierzu Heydn, in: Schuster/Grützmaker, Kommentar IT-Recht, 2020, § 254 BGB, Rn. 15.

pflicht. Deutsche Anbieter von SaaS und Cloud-Diensten sind daher klar im Nachteil.<sup>47</sup>

Im Nachteil sind aber auch diejenigen deutschen Unternehmen, die Software ausländischer Softwarehersteller einkaufen, in ihr eigenes Angebot integrieren und in Deutschland an deutsche Endkunden weitervertrieben. Sie müssen die Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse ihrer ausländischen Lieferanten gegen sich gelten lassen, können diese aber nicht an ihre Kunden weitergeben und gegenüber diesen durchsetzen. Zudem riskieren sie Unterlassungsklagen und wettbewerbsrechtliche Abmahnungen, wenn sie AGB-rechtswidrige Klauseln verwenden. Sie sind also gezwungen, ihre Kundenverträge AGB-fest auszugestalten, tragen dann aber das kommerzielle Delta zwischen Einkauf und Vertrieb und gehen gegenüber ihren Kunden Verpflichtungen z. B. zur Mängelbeseitigung ein, die sie gar nicht erfüllen können.

Hinzu kommt, dass Lizenzverträge mit ausländischen Softwareherstellern den deutschen Distributor häufig sogar ausdrücklich verpflichten, bestimmte industrieeübliche Klauseln, beispielsweise das Verbot eines Anspruchs durchgriffs auf den Hersteller, an seine Endkunden durchzureichen, was aber AGB-rechtskonform nicht möglich ist. Der Distributor riskiert daher, dass seine Lizenz u. U. wegfällt, wenn er die Bedingungen seines Vertrages mit dem Hersteller nicht einhält, und dass er sich u. U. gegenüber seinem Lieferanten schadensersatzpflichtig macht.

## 2. Einschränkung der Vertragsfreiheit

In der anwaltlichen Beratungspraxis führt die Geltung des AGB-Rechts im B2B-Bereich nicht selten dazu, dass man einem Unternehmen, dem beispielsweise von einem IT-Dienstleister ein Standardvertrag mit AGB-rechtlich unwirksamen Gewährleistungs- und Haftungsklauseln vorgelegt wird, dringend rät, diese Klauseln in den Verhandlungen bloß nicht anzusprechen, um sich im Streitfall auf die AGB-rechtliche Unwirksamkeit berufen zu können, ohne Diskussionen darüber führen zu müssen, ob die Klauseln ausgehandelt wurden (sog. „AGB-Falle“).<sup>48</sup>

Damit existiert die Vertragsfreiheit de facto nicht mehr. Gerade über kritische Themen wie Haftung oder Gewährleistung wird in der Praxis häufig überhaupt nicht mehr verhandelt. Entweder sind die Klauseln unwirksam, dann gelten wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion Haftung und Gewährleistung nach BGB unverändert. Oder die Klauseln sind wirksam, dann entsprechen sie der AGB-Rechtsprechung des BGH, d. h. in dem schmalen Rahmen, den der BGH für AGB-rechtlich zulässig hält, sind Haftung und Gewährleistung beschränkt. In beiden Fällen wird der Vertragsinhalt den Parteien vorgegeben, entweder vom Gesetz oder von der Rechtsprechung. Vertragsfreiheit sieht anders aus.

## 3. Flucht ins ausländische Recht? Nicht für deutsche Anbieter!

Seit langem wird beklagt, dass die strenge AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr die Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Rechts im Vergleich etwa zum Schweizer Recht oder zum englischen Recht in internationalen Wirtschaftsverträgen beeinträchtigt.<sup>49</sup> Doch nicht nur die Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Rechts, sondern auch die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft wird erheblich beeinträchtigt. Denn in Fällen mit Auslandsbezug besteht prinzipiell die Möglichkeit, die Inhaltskontrolle nach deutschem AGB-

Recht durch eine Abwahl des deutschen Rechts auszuschalten, in reinen Inlandsfällen hingegen nicht.<sup>50</sup> In Kalifornien ansässige Anbieter von SaaS-Anwendungen und Cloud-Lösungen können in ihren Verträgen mit deutschen Kunden der Inhaltskontrolle des deutschen AGB-Rechts dadurch entgehen, dass sie kalifornisches Recht vereinbaren und auf dieser Grundlage Gewährleistung und Haftung weitgehend beschränken oder gar ausschließen (s. o.).

Der deutsche SaaS- und Cloud-Anbieter kann das bei seinen deutschen Kunden nicht, denn wenn alle Elemente des Sachverhalts zum Zeitpunkt der Rechtswahl in Deutschland belegen sind, gilt gemäß Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO das zwingende deutsche AGB-Recht trotzdem. Das deutsche Gericht würde zwar grundsätzlich kalifornisches Recht anwenden, der Vertrag unterläge aber gleichwohl der Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB.<sup>51</sup> Ebenso ergeht es dem deutschen Distributor, der mit dem kalifornischen SaaS- und Cloud-Anbieter einen Partnervertrag schließt um dessen Produkte in Deutschland zu vertreiben: Seine Verträge mit den deutschen Kunden unterliegen der AGB-Inhaltskontrolle, der Partnervertrag mit dem kalifornischen Hersteller hingegen nicht. Regressansprüche des Distributors werden häufig scheitern. Daraus resultiert ein hohes unternehmerisches Risiko.

## 4. Verschärfung der Problematik durch die Geoblocking-VO

Seit 3.12.2018 gilt die Geoblocking-VO,<sup>52</sup> die – anders als ihre Bezeichnung suggeriert – innerhalb der EU nicht nur die grenzüberschreitende Verfügbarkeit von Websiteinhalten betrifft, sondern generell für den (Offline- und Online-)Zugang zu Waren oder Dienstleistungen, einschließlich elektronisch erbrachten Dienstleistungen, unterschiedliche allgemeine Geschäftsbedingungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden verbietet (Art. 4 Abs. 1 Geoblocking-VO). Dieses Verbot gilt nach der Definition des Begriffs „Kunde“ in Art. 2 Nr. 13 Geoblocking-VO (neben Verbrauchern) nur für Unternehmen, die ausschließlich zur Endnutzung Dienstleistungen in Anspruch nehmen oder Waren erwerben. Darunter fallen alle Unternehmen, die IT-Leistungen, also beispielsweise Software und Cloud-Dienste, für ihre internen Zwecke nutzen. Ausgenommen vom Anwendungsbereich ist die Bereitstellung des elektronischen Zugangs zu urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen und deren Nutzung (Art. 4 Abs. 1 b Geoblocking-VO). Dabei hatte der Verordnungsgeber, wie aus dem Erwägungsgrund 8 ersichtlich ist, urheberrechtlich geschützte audiovisuelle Werke wie z. B. die Übertragung von Sportveranstaltungen im Blick. Für die Bereitstellung von Cloud-Diensten und Software zur Nutzung gilt diese Ausnahme daher nicht, wiewohl Software als solche urheberrechtlich geschützt ist.

47 Wicker, MMR 2014, 787, 789.

48 Kessel/Jüttner, BB 2008, 1350, 1351.

49 Hobeck, SchiedsVZ 2005, 112; Lischek/Mahnken, ZIP 2006, 158, 163; Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234; Maier-Reimer, NJW 2017, 1; Müller, IWRZ 2018, 153, 159.

50 Herresthal, NJW 2020, 361.

51 Zur Frage, ob das deutsche AGB-Recht bei fehlendem Auslandsbezug durch die Wahl ausländischen Rechts wirksam abbedungen werden kann, wenn die Rechtswahl mit einer Schiedsgerichtsvereinbarung mit ausländischem Schiedsort kombiniert wird, siehe Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234.

52 Verordnung (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.2.2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 601 S. 1, ber. ABl. L 66 S. 1.

Der deutsche SaaS- und Cloud-Anbieter, der seine eigenen Leistungen oder die Produkte eines ausländischen SaaS- und Cloud-Anbieters an Unternehmen zur Endnutzung anbietet, muss diese Leistungen also sämtlichen Kunden in der EU zu AGB anbieten, die dem strengen deutschen AGB-Recht entsprechen, die also vergleichsweise kundenfreundlich sind. Die AGB des Wettbewerbers aus Österreich oder Slowenien brauchen hingegen lediglich dem weniger strengen Recht des jeweiligen Herkunftslandes zu entsprechen. Zwar ist es zulässig, dem Kunden nach seiner Wahl alternative AGB auf der Grundlage einer Rechtswahl anzubieten;<sup>53</sup> daneben muss aber die Möglichkeit bestehen, dass der Kunde aus Österreich oder Slowenien zu denselben AGB Zugang zu den Leistungen erhält wie der Kunde aus Deutschland.

Nun könnte man argumentieren, dass der deutsche Anbieter gerade dadurch einen Wettbewerbsvorteil habe, dass seine AGB aufgrund des strengen deutschen Rechts kundenfreundlicher sind als die seiner Wettbewerber aus anderen EU-Ländern. Das würde allerdings voraussetzen, dass die Kundenfreundlichkeit der AGB ausschlaggebend dafür ist, welcher Anbieter den Auftrag erhält, wovon nicht ausgegangen werden kann.<sup>54</sup> Für den Kunden werden vielmehr andere Kriterien wie etwa der Preis und das Preis-Leistungs-Verhältnis, insbesondere im Hinblick auf die vom Anbieter angebotenen Service Levels, maßgebend sein.

Die Geoblocking-VO gilt zwar auch für den in Kalifornien ansässigen Anbieter, der seine Leistungen unmittelbar, also ohne Einschaltung eines Distributors, in der EU ansässigen Unternehmen zur Endnutzung anbietet. Denn die Definition des Anbieters in Art. 2 Nr. 18 Geoblocking-VO setzt nicht voraus, dass dieser seinen Sitz innerhalb der EU haben muss.<sup>55</sup> Anders als im Falle des deutschen Anbieters wirkt sie sich auf diesen aber nicht negativ aus, denn der kalifornische Anbieter kann seine Verträge kalifornischem Recht unterstellen und unterliegt damit nur den Anforderungen des kalifornischen Rechts. Die Geoblocking-VO verpflichtet ihn lediglich dazu, allen Kunden den Zugang zu seinen Leistungen zu denselben AGB anzubieten, was für ihn keinerlei Problem darstellt.

Die Geoblocking-VO verschärft also die Problematik des deutschen B2B-AGB-Rechts noch einmal erheblich; der Wettbewerbsnachteil deutscher Unternehmen durch das deutsche AGB-Recht wird substanzial größer.<sup>56</sup>

#### IV. Besondere Auswirkungen in der Praxis im Bereich der Digitalisierung

Gemäß § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB sind Bestimmungen in AGB zwischen Unternehmen unwirksam, die mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sind. Die in Bezug genommene gesetzliche Regelung (das BGB) stammt aus einer Zeit, als es noch keine Computer, keine Software und kein Internet gab. Zwar ist es aufgrund des hohen Abstraktionsgrades des BGB vielfach möglich, technische Sachverhalte, die es zur Zeit der Entstehung des Gesetzes noch nicht gab, unter die Tatbestände des BGB zu subsumieren. So gibt es etwa keine Probleme, die per E-Mail oder auf einer Website durch Klick auf die „Kaufen“-Schaltfläche abgegebene Willenserklärung unter § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zu subsumieren, der von einer Willenserklärung spricht, die einem anderen gegenüber abzugeben ist und in dessen Abwesenheit abgegeben wird. So einfach ist es aber nicht immer. Wie nachfolgend im Einzelnen dargelegt

wird, bereitet die Einordnung von Verträgen, Geschäftsmodellen und Leistungsbeziehungen der digitalen Wirtschaft in die Kategorien des BGB vielfach Schwierigkeiten. Daraus folgt ein hohes Risiko der Marktteilnehmer, dass ihre vertraglichen Regelungen als mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren und damit gemäß § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB als unwirksam eingeordnet werden.

#### 1. Problematik der vertragstypologischen Einordnung

Die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen ergeben sich aus einer typisierenden Betrachtung von Verträgen, die den erkennenden Richter zwingt, Verträge in die „Schubladen“ der Vertragstypen des besonderen Teils des Schuldrechts einzuordnen, um die für die Inhaltskontrolle maßgebliche gesetzliche Regelung zu identifizieren.<sup>57</sup> Gerade im Bereich der Digitalisierung gibt es aber viele neuartige Vertragstypen, die sich nicht ohne weiteres in eine dieser „Schubladen“ einordnen lassen. Hieraus resultieren für die deutschen Anbieter von IT-Leistungen erhebliche Unsicherheiten, wie nachfolgend anhand der Beispiele von SaaS- und Cloud-Verträgen (nachfolgend a), IoT-Verträgen (nachfolgend b) und agilen Projekten (nachfolgend c) erläutert wird.

##### a) SaaS- und Cloud-Verträge

Weitgehend ungeklärt ist die Einordnung von SaaS- und Cloud-Verträgen. Während man für die Softwareüberlassung, also den laufenden Betrieb der Software auf dem Server des Anbieters, auf die Rechtsprechung des BGH zum Application Service Providing (ASP)<sup>58</sup> zurückgreifen und diese dementsprechend als Mietvertrag einordnen kann, enthalten SaaS-Verträge typischerweise weitere Elemente wie die Anpassung (Implementierung) der Software, Migration von Daten aus dem Altsystem, Schulungen sowie ein Service Level Agreement für Wartung, Support und Hotline. Auch die Datenspeicherung in der Cloud lässt sich entsprechend der ASP-Rechtsprechung als Mietvertrag einordnen. Die Verfasserin hat daher vorgeschlagen, SaaS-Verträge als typengemischte Verträge mit werk-, miet- und dienstvertraglichen Elementen einzuordnen.<sup>59</sup>

Gegenüber dem ASP hat SaaS für den Anbieter den Vorteil, dass der Anbieter nicht für jeden Kunden eine eigene Softwareinstallation (sog. Instanz) betreibt, die separat bereitgestellt und gepflegt werden muss, sondern seine Softwarelösung einer Vielzahl von Kunden über eine mehrmandantenfähige Plattform zur Verfügung stellt, die für alle Kunden gemeinsam bereitgestellt und gepflegt wird.<sup>60</sup> Da Pflege und Aktualisierung der Software einschließlich der Beseitigung von Softwarefehlern vom Hersteller zeitnah und zentral für alle Kunden durchgeführt werden, müssen weder Updates an den Anwender ausgeliefert und von diesem installiert werden, noch muss die Aktualisierung für jeden Kunden einzeln erfolgen. Für den Anwender sind dementsprechend die Kosten für die Wartung der Software erheblich geringer, und er benötigt weder eine besonders leistungsfähige Hard-

53 Herresthal, NJW 2020, 361, 366.

54 Basedow, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2019, vor § 305, Rn. 8.

55 Bernhard, NJW 2019, 472, 473.

56 Herresthal, NJW 2020, 361, 365.

57 Zu SaaS Heydn, MMR 2020, 435, 437; Pohle/Ammann, K&R 2009, 625, 626; zu agilen Projekten Heydn, MMR 2020, 284, 286; Fuchs/Maierhöfer/Morsbach/Pahlow, MMR 2012, 427, 429; Koch/Kunzmann/Müller, MMR 2019, 707, 708; zum IoT Heydn, MMR 2020, 503, 504.

58 BGH, 15.11.2006 – XII ZR 120/04, K&R 2007, 91, MMR 2007, 243, 244.

59 Heydn, MMR 2020, 435, 438, 440.

60 Pohle/Ammann, K&R 2009, 625, 626.

ware noch eine besonders schnelle Internetverbindung, denn die Anwendungen laufen auf leistungsfähigen Rechnern im Rechenzentrum des Anbieters.<sup>61</sup>

Die Beseitigung von Fehlern, mithin also die Erfüllung von Gewährleistungsansprüchen wegen Softwaremängeln, erfolgt durch den Anbieter zentral und gewissermaßen kollektiv gegenüber allen Kunden. Auf der Grundlage der mietvertraglichen Einordnung<sup>62</sup> ist der Anbieter bereits aufgrund gesetzlicher Gewährleistung (§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB) über die gesamte Vertragslaufzeit verpflichtet, Mängel der Software zu beseitigen. Nach h.M. haben die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche grundsätzlich Vorrang vor einem Service Level Agreement.<sup>63</sup> Eine Bestimmung im Service Level Agreement, nach welcher unwesentliche Fehler erst mit Auslieferung des nächsten turnusmäßigen Updates behoben werden, dürfte bereits als – jedenfalls zeitweiliger – Ausschluss gesetzlicher Gewährleistungsansprüche gemäß § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sein. Damit wird der Vorteil des SaaS-Geschäftsmodells, der für den Anbieter gerade darin besteht, dass Mängel zum einen kollektiv gegenüber allen Kunden und zum anderen im Turnus beseitigt werden und nicht bei jedem Kunden einzeln, zunichtegemacht. Der deutsche Anbieter ist daher zur Mängelbeseitigung auf individuelle Kundenanforderung gezwungen und wird den dadurch verursachten höheren Aufwand bei seiner Preiskalkulation berücksichtigen. Durch die höheren Preise gerät er im internationalen Wettbewerb ins Hintertreffen.

## b) IoT-Verträge

Bei IoT-Verträgen kommt zu den verschiedenen Leistungselementen, die unterschiedlichen Vertragstypen des BGB zuzuordnen sind, noch hinzu, dass es nicht nur ein Vertragsverhältnis zwischen zwei Vertragsparteien, sondern mehrere Vertragsverhältnisse zwischen mehreren Beteiligten gibt. Da ist zunächst der Hersteller des IoT-Gegenstands, der mit dem Hersteller (Anbieter) der Steuerungs-App und dem Provider des IoT-Dienstes identisch sein kann, aber nicht muss, dann der Händler, der den IoT-Gegenstand verkauft, der Betreiber des App-Stores, der die App bereitstellt und der Anwender.<sup>64</sup> Während der Anwender je nach Art und Einsatzbereich des IoT-Gegenstands entweder Unternehmer oder Verbraucher sein kann, sind alle übrigen Beteiligten Unternehmer.

Die Verfasserin hat vorgeschlagen, den Vertrag über den Erwerb des IoT-Gegenstands bei serienmäßig hergestellten Waren als Kaufvertrag, bei der Zusammenstellung eines Systems aus verschiedenen Komponenten (z. B. einer Alarm- und Videoüberwachungsanlage) nach individuellen Vorgaben des Auftraggebers als Werkvertrag einzuordnen.<sup>65</sup> Der Benutzerkonto-Vertrag zwischen dem Anwender und dem App-Store-Betreiber, über den die Steuerungs-App erworben wird, kann als Mietvertrag, die Bereitstellung der Steuerungs-App je nachdem, ob der Hersteller der App ein zeitlich unbefristetes oder zeitlich befristetes Rechts zur Nutzung der App einräumt, als Kaufvertrag oder Mietvertrag eingeordnet werden.<sup>66</sup> Bei der Bereitstellung der IoT-Plattform liegt die Einordnung als Mietvertrag nahe, und Softwarewartung und Support können je nach konkreter Ausgestaltung der Hauptleistungspflicht als Dienst- oder Werkvertrag eingeordnet werden.<sup>67</sup> Zwingend ist das alles aber nicht. Im konkreten Einzelfall kann ein Gericht durchaus zu einem anderen Ergebnis kommen.

In der Literatur wurde zutreffend darauf hingewiesen, dass die Lebens- und Wirtschaftsvielfalt viel größer ist als die gesetzlich normierten Vertragstypen, was bei typengemischten Verträgen besonders

deutlich wird, und dass deshalb der Ansatz des Gesetzes, die „Gerechtigkeit“ der dispositiven Vorschriften für alle Fälle zu unterstellen, für B2B-Verträge zweifelhaft ist.<sup>68</sup> Gerade bei Digitalisierungsprojekten, die verschiedenartige Leistungen erfordern, die u. U. von verschiedenen Beteiligten erbracht werden, zeigt sich, dass ein Bedürfnis besteht, die dispositiven Vorschriften durch eigene Vertragsgestaltung zu ersetzen, die insbesondere die Abhängigkeit der verschiedenen Leistungen voneinander sowie die Mitwirkungspflichten der Beteiligten sachgerecht regelt und Haftung und Gewährleistungsverpflichtungen nicht schematisch entlang der Leistungsbeziehungen (also danach, wer gegenüber wem zu einer Leistung verpflichtet ist), sondern danach regelt, wer die technische Verantwortung wofür übernommen hat, d. h. wer den Quellcode für die jeweils betroffene Software erstellt und in Besitz hat und dementsprechend zur Beseitigung von Programmierfehlern tatsächlich in der Lage ist.

So ist es beispielsweise bei IoT-Anwendungen nicht sachgerecht, wenn Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln einer Tablet-App nicht direkt gegenüber dem Anbieter der App geltend gemacht werden können, der diese auf der Grundlage eines Entwicklervertrages mit dem Betreiber des App-Stores in den App-Store eingestellt hat, sondern nur gegenüber dem Betreiber des App-Stores (z. B. Google oder Apple), der die App vertreibt, regelmäßig aber überhaupt nicht in der Lage ist, Mängel einer App zu beseitigen.<sup>69</sup> In derartigen Konstellationen hat der Betreiber des App-Stores ein berechtigtes Interesse daran, in seinen Nutzungsbedingungen die Gewährleistung für Mängel der Apps auszuschließen und die Anwender insoweit an den App-Anbieter zu verweisen, und diese im Entwicklervertrag im Sinne eines Vertrages zugunsten Dritter zu verpflichten, die Gewährleistungsansprüche der Anwender zu erfüllen. Das dürfte im Übrigen auch im Interesse der Anwender sein, ist wegen § 309 Nr. 8 b) aa) BGB aber unzulässig, auch im B2B-Bereich.<sup>70</sup> Die Vorverlagerung der Problematik in die Diskussion darüber, wer beim Erwerb einer App überhaupt Vertragspartner des Erwerbers wird (der Betreiber des App-Stores oder der App-Anbieter),<sup>71</sup> würde sich erübrigen, wenn eine derartige sachgerechte Regelung der Zuständigkeit für die Erfüllung von Gewährleistungsansprüchen jedenfalls im B2B-Bereich zulässig wäre.

## c) Agile Projektmethoden

Doch nicht nur die neuartigen Vertragstypen im Bereich der Digitalisierung bereiten Schwierigkeiten. Kennzeichnend für das Zeitalter der Digitalisierung ist auch, dass IT-Projekte immer komplexer werden, und demzufolge immer häufiger scheitern. Als Reaktion hierauf wurden sogenannte agile Projektmethoden entwickelt, die durch eine sehr enge Einbindung des Auftraggebers in die Erstellung einer neu zu entwickelnden Software oder die Anpassung einer bereits existierenden Standardsoftware vermeiden sollen, dass der Auftragnehmer an den

61 Heydn, MMR 2020, 435.

62 BGH, 15.11.2006 – XII ZR 120/04, K&R 2007, 91, MMR 2007, 243, 244.

63 Röhrborn/Sinhardt, CR 2001, 69, 76.

64 Heydn, MMR 2020, 503, 504 ff.

65 Heydn, MMR 2020, 503, 504.

66 Heydn, MMR 2020, 503, 505 f.

67 Heydn, MMR 2020, 503, 507.

68 Maier-Reimer, NJW 2017, 1, 4.

69 Heydn, MMR 2020, 503, 506.

70 BGH, 12.1.1994 – VIII ZR 165/92, BB 1994, 885, NJW 1994, 1060, 1066.

71 Vgl. hierzu Zdanowiecki, in: Brätting/Rücker, E-Commerce, 2017, 11. Teil, Rn. 18, der bezeichnenderweise für den Google-Play-Store zu einem anderen Ergebnis gelangt als für den Apple-App-Store.



Erwartungen des Auftraggebers „vorbei“ entwickelt, der Auftraggeber nicht das erhält, was er eigentlich haben wollte, und sich das erst sehr spät im Verlauf des Projekts herausstellt. Auch die Art und Weise der Leistungserbringung mittels agiler Projektmethoden stellt den Juristen, der mit dem BGB arbeiten muss, vor erhebliche Herausforderungen. So ist weitgehend ungeklärt, ob dem Auftraggeber eines IT-Projekts im unternehmerischen Verkehr in AGB Mitwirkungspflichten auferlegt werden können; in der Literatur wurde das unter Hinweis auf § 307 Abs. 2 BGB verneint.<sup>72</sup> Im agilen Projekt ist die Mitwirkung des Auftraggebers indes essentiell und sollte unbedingt im Vertrag vereinbart werden.<sup>73</sup>

Wird ein Digitalisierungsprojekt nach agilen Projektmethoden wie z. B. Scrum<sup>74</sup> durchgeführt, ist umstritten, ob Dienst- oder Werkvertragsrecht anzuwenden ist;<sup>75</sup> eine höchstrichterliche Klärung dieser Frage steht noch aus.<sup>76</sup> Der Streit besteht deshalb, weil der Auftraggeber bei agilen Projekten sehr stark in die Leistungserbringung eingebunden ist. Das kann so weit gehen, dass sich das Team, das beispielsweise eine neue Software für eine Industrie 4.0-Anwendung entwickelt, aus Softwareentwicklern sowohl des Auftraggebers als auch des Auftragnehmers zusammensetzt, was die berechtigten Fragen aufwirft, ob der Auftragnehmer wirklich für Softwaremängel Gewähr leisten muss (die möglicherweise durch einen Programmierfehler eines Entwicklers des Auftraggebers verursacht wurden), und wer letztlich für den Erfolg des Projekts verantwortlich ist. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH und ganz herrschender Meinung in der Literatur sind Softwareerstellungsverträge als Werkverträge einzuordnen.<sup>77</sup> Auftragnehmer vertreten indes regelmäßig die Auffassung, dass agile Projekte als Dienstverträge einzuordnen seien.<sup>78</sup> Enthalten die AGB eines Auftragnehmers, der in seinen Projekten ausschließlich agile Methoden anwendet und aufgrund seines speziellen Geschäftsmodells regelmäßig Softwareentwickler des Auftraggebers in das Entwicklerteam einbindet, eine Klausel, nach welcher der Vertrag Dienstvertragsrecht unterliegt, so ist diese Vereinbarung eines bestimmten Vertragstypus in AGB nach der Rechtsprechung des BGH unwirksam, wenn der Vertrag klare Elemente eines anderen Vertragstypus (hier: werkvertraglicher Charakter der Bereitstellung einer funktionierenden Industrie 4.0-Anwendung) aufweist.<sup>79</sup>

Auch in derartigen Fällen muss es möglich sein, dass die beteiligten Unternehmen ohne die starren Beschränkungen des AGB-Rechts die Gewährleistung angemessen regeln. Die traditionelle Auftraggeber-Auftragnehmer Dichotomie des BGB passt nicht auf agile Projekte.

## 2. Industrie 4.0: Grenzüberschreitende Kommunikation zwischen Maschinen

Durch die direkte Kommunikation zwischen Maschinen werden Verträge zwischen den jeweiligen Betreibern der Maschinen geschlossen. Das geschieht, wie in allen Lieferbeziehungen in der Industrie, in der Regel auf der Grundlage von AGB. Befindet sich einer der Vertragspartner im Ausland, so ergeben sich für den deutschen Vertragspartner die bereits oben unter III. 1. beschriebenen Probleme.

Wenn also beispielsweise ein deutsches Unternehmen, das Rauchmelder für Flugzeuge herstellt, auf der Grundlage seiner allgemeinen Verkaufsbedingungen eine automatisch generierte Bestellung von einem Flugzeughersteller erhält, die automatisch einen Fertigungsvorgang für die bestellte Anzahl von Rauchmeldern in Gang setzt, dann kommt der Flugzeughersteller in den Genuss des für ihn günstigen Haftungsmaßstabs nach der Kardinalpflichtenrechtsprechung des

BGH, also ohne summenmäßige Haftungsbegrenzung. Die für den Rauchmelder benötigten Teile bestellt das System des deutschen Unternehmens – wiederum automatisch – bei ausländischen Zulieferern auf der Grundlage von deren jeweiligen Verkaufs-AGBs, die jedoch Haftungsbeschränkungen ähnlich wie die oben unter III. 1. skizzierte Haftungsklausel enthalten.

Eine Individualvereinbarung kommt bei automatisch generierten Bestellungen selbstredend nicht in Betracht. Maschinen können vorgefertigte Willenserklärungen zu vorgefertigten Bedingungen abgeben, die dem jeweiligen Betreiber der Maschine zuzurechnen sind. Verträge verhandeln (oder gar „aushandeln“) können sie jedoch nicht. Das verdeutlicht, dass im Industrie 4.0-Umfeld die Lösung der B2B-AGB-Problematik umso dringlicher wird, je mehr automatisierte Vertragsabschlüsse es gibt. Das Argument, man könne ja eine Individualvereinbarung schließen und müsse das „Aushandeln“ nur entsprechend dokumentieren, verfährt nicht. Industrie 4.0 funktioniert nur mit AGB.

Wenn im oben genannten Beispiel nun ein Zulieferteil fehlerhaft ist, deshalb die Rauchmelder nicht funktionieren und vom Flugzeughersteller wieder ausgebaut und ersetzt werden müssen, dann wird dieser die dadurch entstandenen Schäden beim deutschen Hersteller der Rauchmelder erfolgreich geltend machen können. Die Regressklage des Rauchmelderherstellers gegen seinen ausländischen Zulieferer wird hingegen erfolglos sein, weil dieser in seinen Verkaufs-AGB Mangelfolgeschäden nach seinem Heimatrecht wirksam ausgeschlossen hat. Hätte der Rauchmelderhersteller seinen Sitz nicht in Deutschland, sondern in den USA gehabt, dann hätte auch er Mangelfolgeschäden in seinen Verkaufs-AGB wirksam ausschließen können. Das deutsche Unternehmen ist wiederum im Nachteil.

## 3. Nutzung von Daten

Ein weiterer Bereich, in dem das deutsche AGB-Recht die Digitalisierung behindert, ist die Nutzung und Verarbeitung von Daten, und zwar sowohl von personenbezogenen Daten als auch nicht personenbezogenen Daten wie z. B. Maschinendaten.

Eine Diskussion der datenschutzrechtlichen Problematik hinsichtlich der Nutzung personenbezogener Daten würde an dieser Stelle zu weit führen. Dazu nur so viel: Der EuGH hat in zwei Urteilen festgestellt, dass in den USA u. a. aufgrund der weitreichenden Befugnisse von Geheimdiensten, Datenströme „anzuzapfen“, und der fehlenden Möglichkeiten betroffener Personen, dagegen vorzugehen, kein angemessenes Datenschutzniveau herrscht.<sup>80</sup> Die Übertragung personenbezogener Daten in die USA z. B. durch Cloud-Dienste ist daher problematisch. Innerhalb der EU ansässige Unternehmen, deren Geschäftsmodelle die Erhebung, Speicherung und Verarbeitung personenbezogener Daten beinhalten, die diese Daten unter Beachtung der DSGVO ausschließlich auf Servern speichern, die sich innerhalb der EU befinden, müssten

72 Redeker, in: Redeker, IT-Recht, 7. Aufl 2020, Rn. 432 f.

73 Heydn, MMR 220, 284.

74 Vgl. hierzu Heydn, MMR 2020, 284; Hoeren/Pinelli, MMR 2018, 199; Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow, MMR 2012, 427.

75 Heydn, MMR 2020, 284, 286 f.; Koch/Kunzmann/Müller, MMR 2019, 707, 709.

76 Ausdrücklich offen gelassen von OLG Frankfurt a. M., 17.8.2017 – 5 U 152/16, MMR 2018, 100, 101, Rn. 11; für Anwendung von Werkvertragsrecht die Vorinstanz LG Wiesbaden, 30.11.2016 – 11 O 10/15, MMR 2017, 561 f.

77 BGH, 7.3.1990 – VIII ZR 56/89, BB 1991, 11, CR 1990, 708 m. w. N.; Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, B. II. 1., Rn. 296 m. w. N.

78 Söbbing, MMR 2010, 222, 223.

79 BGH, 10.5.1979 – VII ZR 30/78, NJW 1979, 2207, 2209.

80 EuGH, 16.7.2020 – C-311/18 – Schrems II; EuGH, 6.10.2015 – C-362/14 – Schrems.

daher eigentlich einen Standortvorteil haben. Denn sie können EU-Kunden datenschutzrechtliche Compliance bieten. Gleichwohl stellt die Bundesregierung in ihrer Datenstrategie vom 27.1.2021 fest, dass sich auf der Suche nach Datendiensten häufig keine deutschen oder europäischen Angebote mit starker Infrastruktur finden, die Daten erschließen, speichern und as-a-service analysieren.<sup>81</sup> Eine genaue Analyse der Ursachen hierfür sucht man freilich in der Datenstrategie vergeblich; dort ist lediglich von „marktdominierenden Anwendungen und Betriebssystemen“ die Rede, deren Anbieter „ihre Softwareprodukte nur verbunden mit der eigenen Cloud-Lösung“ anbieten würden.<sup>82</sup> Am Datenschutzrecht kann es also nicht liegen, wohl aber am AGB-Recht. Dieses trägt dazu bei, dass US-amerikanische Anbieter den Markt dominieren.

Eine Diskussion der umstrittenen rechtsdogmatischen Einordnung von Daten und des Rechts an Daten<sup>83</sup> würde an dieser Stelle ebenfalls zu weit führen. Dazu nur so viel: In Ermangelung eines gesetzlichen, z. B. immaterialgüterrechtlichen Schutzes von Daten können im Rahmen der Vertragsfreiheit Verträge über Daten und deren Nutzung geschlossen werden.<sup>84</sup> Ein Beispiel für solche Daten, die künftig voraussichtlich besondere wirtschaftliche Bedeutung erlangen werden, sind die Ergebnisse der Lernprozesse künstlicher Intelligenz (KI-Trainingsdaten), deren Herstellung aufwändig und kostenintensiv und deren rechtliche Einordnung ungeklärt ist.<sup>85</sup> Aus der Unklarheit der rechtlichen Einordnung folgt die Unklarheit des (immaterialgüter-?) rechtlichen Schutzes von Daten, und daraus folgen wiederum Unsicherheiten beim Abschluss von Verträgen über deren Nutzung. Bei plattformbasierten Digitalisierungs-Geschäftsmodellen wird der Abschluss von Verträgen über Daten zumeist im Rahmen von AGB erfolgen, aber nicht nur bei diesen.

So hat beispielsweise ein Hersteller von 3D-Druckern, die er an seine Kunden generell nicht verkauft, sondern vermietet, um sicherzustellen, dass der Kunde nur geeignetes, vom Hersteller zu beziehendes Granulat verwendet, beispielsweise ein Interesse daran, die Maschinendaten der Drucker auszuwerten, wie z. B. ob der Drucker ein- oder ausgeschaltet ist, welche Funktion er ausführt und wieviel Granulat er verbraucht, aber auch Umgebungsdaten, die sich auf die Arbeitsweise des Druckers auswirken können, wie z. B. Eingangsspannung, Stärke des Internetsignals, Lufttemperatur und -feuchtigkeit sind für den Hersteller von Interesse. Diese Daten werden an den Hersteller übertragen und dienen keineswegs nur der Erbringung der konkreten Leistungen an den jeweiligen Kunden, etwa um durch sog. Predictive Maintenance den Ausfall von Teilen vorherzusagen, damit diese bereits vor dem Ausfall präventiv ausgetauscht werden können,<sup>86</sup> sondern sie dienen darüber hinaus auch der Schaffung einer kundenübergreifenden Datenbasis (Stichwort „Big Data“), um die Qualität der Leistungen generell zu verbessern. Um die Daten kommerziell verlässlich nutzen zu können, müssen sich die Hersteller Rechte zur Nutzung der Daten von ihren Kunden wirksam vertraglich einräumen lassen. Da die rechtsdogmatische Einordnung von Daten und des Rechts an Daten nicht geklärt ist, ist auch unklar, was die „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ i. S. v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB sind, und was die „Natur des Vertrags“ i. S. v. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist, anhand derer ein Gericht die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle vornimmt.

Es ist für deutsche Unternehmen schlicht unzumutbar, hohe Investitionen in die Entwicklung von digitalen Systemen zu tätigen und Geschäftsmodelle aufzubauen, die mit derartigen Unsicherheiten behaf-

tet sind. Unternehmen, die dies dennoch tun, gehen sehr hohe Risiken ein, insbesondere, wenn sie solche Geschäftsmodelle nicht über verbundene Unternehmen in anderen Rechtsordnungen realisieren können, wie z. B. Startups.

Im oben genannten 3D-Drucker-Beispiel sind von den Maschinendaten die Daten zu unterscheiden, welche die Anweisungen an den 3D-Drucker enthalten, einen Gegenstand zu drucken. Diese sind in der Regel gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG urheberrechtlich geschützt, so dass insoweit auf das Urhebervertragsrecht zurückgegriffen werden kann. Aber auch hier gilt, dass es sich bei solchen Daten um ein Wirtschaftsgut handelt, das bislang in dieser Form nicht existierte, und dessen rechtliche Einordnung unsicher ist. Die Entwicklung von Geschäftsmodellen und Vergütungssystemen rund um diese Daten, beispielsweise in der Form, dass ein Unternehmen eine 3D-Druckerfabrik baut und die Fertigung von Teilen mittels dieser Drucker sowie die Erstellung von 3D-Druckerdateien für andere Unternehmen gegen Entgelt übernimmt, stellt in Deutschland ein hohes Risiko dar. Aufgrund des strengen B2B-AGB-Rechts besteht die Gefahr, dass neue Geschäftsmodelle der Digitalisierungswirtschaft in ähnlicher Weise zunichte gemacht werden wie beispielsweise das Geschäftsmodell, den Return on Investment bezüglich der Kosten für den Bau einer Müllverbrennungsanlage durch Bring-or-pay-Klauseln sicherzustellen.<sup>87</sup>

## V. Lösungsvorschlag

Es ist nicht ersichtlich, dass sich de lege lata irgendetwas ändert.<sup>88</sup> Eine Änderung des Gesetzes ist daher erforderlich. Ansatzpunkte sind zum einen der Maßstab der Inhaltskontrolle und zum anderen die Tatbestandsvoraussetzungen für das Aushandeln i. S. v. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB. Den bereits vorliegenden Änderungsvorschlägen<sup>89</sup> soll daher nachfolgend ein weiterer Vorschlag hinzugefügt werden.

### 1. Gesetzesvorschlag zur Inhaltskontrolle:

Der bisherige § 310 Abs. 1 S. 2 BGB wird wie folgt geändert: „§ 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 findet in den Fällen des Satzes 1 mit der Maßgabe Anwendung, dass lediglich solche Vertragsbestimmungen unangemessen sind, die entgegen den Geboten von Treu und Glauben und unter Berücksichtigung internationaler Gepflogenheiten von guter unternehmerischer Praxis grob abweichen.“

Dieser Text greift den Vorschlag von Müller<sup>90</sup> auf, ergänzt diesen jedoch um die Worte „und unter Berücksichtigung internationaler Gepflogenheiten“. Welche AGB-Klauseln international üblich sind, ist anhand von Beispielen aus dem Internet (s. oben) leicht nachzuweisen – der diesbezügliche Einwand von Graf von Westphalen<sup>91</sup> ist daher nicht überzeu-

81 Datenstrategie der Bundesregierung vom 27.1.2021, S. 18, unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/datenstrategie-der-bundesregierung-1845632> (Abruf: 20.5.2021).

82 Datenstrategie der Bundesregierung vom 27.1.2021, S. 25, unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/datenstrategie-der-bundesregierung-1845632> (Abruf: 20.5.2021).

83 Vgl. hierzu z. B. Adam, NJW 2020, 2063; Schur, GRUR 2020, 1142; Hoeren, MMR 2013, 486; Metzger, GRUR 2019, 129; zur Frage, ob Daten eine Sache darstellen und ob an ihnen Eigentum bestehen kann vgl. Heydn, in: Schuster/Grützmaier, Kommentar IT-Recht, 2020, § 249 BGB, Rn. 26 ff. u. § 823 BGB, Rn. 29 ff.

84 Schur, GRUR 2020, 1142, 1143; Schlinkert, ZRP 2017, 222, 224.

85 Vgl. hierzu Hacker, GRUR 2020, 1025.

86 Vgl. hierzu Faber/Griga/Groß, DS 2018, 299.

87 BGH, 22.11.2012 – VII ZR 222/12 – Bring-or-pay I, BB-Entscheidungsreport Schütt, BB 2013, 403, NJW 2013, 856; BGH, 22.10.2015 – VII ZR 58/14 – bring or pay II, NZM 2016, 408.

88 Müller, NZM 2016, 185, 188.

89 S. dazu Müller, IWRZ 2018, 153, 157 ff.

90 Müller, IWRZ 2018, 153, 159.

91 Graf von Westphalen, BB 2021, 1410, 1416 (in diesem Heft).

gend. Bei der Bezugnahme nur auf „gute unternehmerische Praxis“ und auf das Gebot von Treu und Glauben steht zu befürchten, dass die Rechtsprechung einen – u. U. von der bisherigen AGB-Rechtsprechung geprägten! – rein deutschen Maßstab anlegt, und dass es dann im Ergebnis immer noch nicht möglich ist, etwa die im Ausland wie z. B. den USA allgemein üblichen Beschränkungen von Haftung und Gewährleistung im unternehmerischen Verkehr an die Vertriebsstufen und Unternehmensendkunden im Inland weiterzureichen. Die Herstellung der Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Rechts und des Wirtschaftsstandorts Deutschland darf nicht in der Weise am „Henne-Ei-Problem“ scheitern, dass bei der guten unternehmerischen Praxis auf diejenige Praxis abgestellt wird, die sich unter dem Einfluss der deutschen B2B-AGB-Rechtsprechung in den vergangenen Jahrzehnten herausgebildet hat. Wenn beispielsweise die bislang üblichen Haftungsbeschränkungsklauseln, die der Kardinalpflichtenrechtsprechung des BGH entsprechen, als Maßstab für die neu in das Gesetz einzufügenden Tatbestandsmerkmale dienen, wird sich nichts ändern. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf internationale Gepflogenheiten ist daher erforderlich, um das „Henne-Ei-Problem“ zu durchbrechen. Wenn *Graf von Westphalen* dem entgegen, dass das deutsche AGB-Recht, das den Unternehmer wie den Verbraucher schützt, in der Welt ohne Beispiel ist,<sup>92</sup> dann ist das kein Argument, sondern gerade das Problem, das es zu lösen gilt, um die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft und des Rechtsstandorts Deutschland wiederherzustellen.

## 2. Gesetzesvorschlag zum Aushandeln:

In § 310 Abs. 1 BGB wird folgender Satz als neuer Satz 2 eingefügt (der bisherige, wie oben vorgeschlagen geänderte Satz 2 wird Satz 3): „In den Fällen des Satzes 1 gelten Vertragsbedingungen als im Einzelnen ausgehandelt i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3, wenn der Verwender diese der anderen Vertragspartei in einem elektronischen Format, welches die einfache Einfügung und Löschung von Text ermöglicht, mit der ernsthaften Aufforderung zur Verfügung gestellt hat, Änderungsvorschläge zu übermitteln, die andere Vertragspartei dieser Aufforderung nachgekommen ist und die Parteien sodann über sie im Einzelnen oder im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen desselben Vertrags in einer dem Gegenstand des Vertrags und den Umständen des Vertragsschlusses angemessenen Weise verhandelt haben.“

Ausgangspunkt dieses Vorschlags ist die Argumentation des BGH, der die Anwendung des AGB-Rechts im Bereich B2B gerade nicht mit einer ungleichen wirtschaftlichen Macht- und Verhandlungsposition begründet, sondern allein mit der durch die Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen dokumentierten *Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht*, durch die das auf einen Interessenausgleich gerichtete dispositive Gesetzesrecht außer Kraft gesetzt wird.<sup>93</sup>

### a) Erste Voraussetzung: Praktische und einfache Ermöglichung von Änderungsvorschlägen

In der Praxis erfolgt diese Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht im B2B-Bereich häufig dadurch, dass der Verwender es dem Vertragspartner bereits durch technische Vorkehrungen schwer macht, Änderungsvorschläge anzubringen, etwa durch Übersendung des Vertragstexts im PDF-Format, das bei Benutzung der üblichen PDF-Reader keine Textänderungen ermöglicht. Um den Vorwurf der Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht auszuräumen, muss der Verwender also zunächst seinem Vertragspartner auf Augenhöhe (!) ganz praktisch die gleiche Gestaltungsmacht einräumen, indem er

ihm den Vertragstext in einem elektronischen Format zu Verfügung stellt, welches die einfache Einfügung und Löschung von Text ermöglicht, also z. B. als Word-Datei (erste Voraussetzung). Das bedeutet im Umkehrschluss: Wer den Vertragstext als PDF-Datei übersendet, gibt damit klar zu erkennen, dass er nicht gewillt ist, Änderungswünsche des Vertragspartners entgegenzunehmen, und muss deshalb die Inhaltskontrolle des (modifizierten B2B-) AGB-Rechts in Kauf nehmen. Die erste Voraussetzung ist auch dann erfüllt, wenn die Word-Datei erst auf Aufforderung des Vertragspartners übersandt wird. Die Aufforderung, den als PDF-Datei zugesandten Vertragstext nochmals im Word-Format zu übersenden, damit Änderungswünsche unmittelbar in den Text eingefügt werden können, ist nach der Erfahrung der Verfasserin ein Lackmустest für die Verhandlungsbereitschaft des Verwenders. Wird die Übersendung der Word-Datei verweigert, besteht keine Verhandlungsbereitschaft des Verwenders, und dann ist es angemessen, dass der Vertrag der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegt. Der Verwendergegner ist dann nicht gehalten, die übersandte PDF-Datei etwa mittels spezieller Software (z. B. dem Programm Adobe Professional) in eine Word-Datei umzuwandeln und dem Verwender seine Änderungswünsche auf diesem Wege mitzuteilen.

### b) Zweite Voraussetzung: Ernsthafte Aufforderung zur Übermittlung von Änderungsvorschlägen

Da die erste Voraussetzung eine sehr formale ist, und um dem vorzubeugen, dass diese formale Voraussetzung bereits dadurch erfüllt wird, dass etwa aus Versehen statt der beabsichtigten PDF-Datei die Word-Datei an die E-Mail angehängt wird, was erfahrungsgemäß leicht passieren kann, muss der Verwender als zweite Voraussetzung den Vertragspartner ernsthaft auffordern, Änderungsvorschläge zu übermitteln. Der Verwender muss also seinen Willen, Änderungsvorschläge des Vertragspartners entgegenzunehmen und zu prüfen, zum Ausdruck bringen. Damit diese Erklärung nicht rein formal erfolgt, muss sie zudem ernsthaft sein. An der Ernsthaftigkeit fehlt es etwa, wenn der Verwender zwar die Änderungsvorschläge des Vertragspartners entgegennimmt, diese aber pauschal und ohne Begründung ablehnt.

### c) Dritte Voraussetzung: Änderungsvorschläge des Vertragspartners

Der vom BGH postulierte Schutz des Verwendergegners wird durch die dritte Voraussetzung etabliert. Nach dem obigen Vorschlag hat der Vertragspartner, nachdem der Verwender seine Verhandlungsbereitschaft signalisiert hat, die Wahl, ob er auf das Verhandlungsangebot eingeht oder nicht. Geht er auf das Verhandlungsangebot nicht ein und unterzeichnet er den vorgelegten Vertragstext unverändert, unterliegt dieser der (modifizierten B2B-) AGB-Inhaltskontrolle. Geht er auf das Verhandlungsangebot ein, übermittelt seine Änderungsvorschläge und verhandelt im Anschluss daran über diese, verliert er den Schutz der AGB-Inhaltskontrolle, und der Vertrag unterliegt nur noch den Grenzen der §§ 134, 138, 242 BGB. Dieser Mechanismus schützt insbesondere kleine und mittelgroße Unternehmen, denen es möglicherweise an Know-how, Ressourcen und finanziellen Mitteln fehlt, um Vertragsverhandlungen professionell zu führen. Sie haben die Wahl, ob sie ihre Interessen gegenüber dem Verwender durch Verhandlungen selbst wahrnehmen oder durch das (modifizierte B2B-)

<sup>92</sup> *Graf von Westphalen*, BB 2021, 1410, 1416 (in diesem Heft).

<sup>93</sup> BGH, 4.7.2017 – XI ZR 562/15, BB 2017, 2058, 2063.

AGB-Recht wahrnehmen lassen. Es gibt aber keinen Grund, warum man diese Wahlmöglichkeit nicht auch Großunternehmen zur Verfügung stellen soll. Der Verwendergegner soll nicht dazu gezwungen werden, gegen seinen Willen in Verhandlungen einzutreten. Insbesondere bei Massengeschäften kann es auch für ein Großunternehmen sinnvoll sein, nicht zu verhandeln. Damit erübrigt sich eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des B2B-AGB-Rechts nach Unternehmensgrößen oder dem Vertragsvolumen. Der Verwendergegner kann selbst entscheiden, ob er den Schutz des AGB-Rechts in Anspruch nehmen will. Damit wird die Parteiautonomie gestärkt.

Die Kehrseite der Medaille dieses Mechanismus besteht im Risiko des Verwenders, dass der vorgelegte Vertragstext der (modifizierten B2B-) AGB-Kontrolle unterfällt, wenn der Vertragspartner nicht verhandelt. Der Verwender tut also gut daran, seine Verträge so zu gestalten, dass diese einer (modifizierten B2B-) AGB-Kontrolle standhalten. Dieses Risiko ist jedoch hinzunehmen, denn das Interesse des Verwenders, die Abfassung des Vertragstextes dazu zu benutzen, um seine Interessen einseitig zulasten des Vertragspartners durchzusetzen und die Grenzen des dispositiven Gesetzesrechts in jeder Hinsicht maximal zu seinen Gunsten auszureizen, ist nicht schützenswert.

#### d) Vierte Voraussetzung: Verhandlungen

Die vierte Voraussetzung, dass die Parteien sodann über die Vertragsbedingungen im Einzelnen oder im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen desselben Vertrags in einer dem Gegenstand des Vertrags und den Umständen des Vertragsschlusses angemessenen Weise verhandelt haben, ist dem Vorschlag von Berger<sup>94</sup> entnommen, dem sich insoweit auch Müller<sup>95</sup> angeschlossen hat.

Der von der *Frankfurter Initiative zur Änderung des ABG-Rechts*<sup>96</sup> und Müller<sup>97</sup> weiter vorgeschlagene Zusatz, dass es einer Abänderung des vorformulierten Vertragstextes nicht bedürfe, wurde hier nicht übernommen. Denn dieser Zusatz eröffnet dem Verwender u. U. doch die Möglichkeit, das Verhandlungsangebot nur pro forma abzugeben, obwohl er in Wirklichkeit zu einem Nachgeben nicht bereit ist. Hinzu kommt, dass es nach der Erfahrung der Verfasserin in einem von einer Partei verfassten Vertragstext immer Punkte gibt, die das Interesse der anderen Vertragspartei nicht oder nicht ausreichend berücksichtigen. Häufig führen Verhandlungen gerade dazu, dass der Vertragstext nicht nur in einigen (wenn auch minimalen) Punkten abgeändert, sondern auch um weitere Punkte ergänzt wird, die im Interesse des Verwendergegners liegen, und die der Verwender in seinem Vertragstext unerwähnt gelassen hatte. Wenn der von einer Partei vorgelegte Vertragstext nach Verhandlungen unverändert bleibt, ist das nach der Erfahrung der Verfasserin eben häufig doch auf die Weigerung des Verwenders zurückzuführen, seinen Standardvertrag zu ändern, oder auf Selbstbindungstaktiken, d. h. der Verwender behauptet, er sei intern zu einer Änderung des Standardvertragstextes nicht befugt und ein interner Genehmigungsprozess existiere nicht oder sei sehr langwierig und bedürfe der Einschaltung z. B. der ausländischen Muttergesellschaft. Die Beurteilung, ob die finale Fassung des Vertragstextes das Ergebnis derartiger Weigerungen oder Selbstbindungstaktiken des Verwenders oder einer Zustimmung des Verwendergegners ist, die dieser aufgrund einer selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidung<sup>98</sup> getroffen hat, sollte der Rechtsprechung im jeweiligen Einzelfall überlassen bleiben. Diese Beurteilung ist in den Tatbestandsmerkmalen „ernsthaft“ und „in einer dem Gegenstand des Vertrags und den Umständen des Vertragsschlusses angemessenen Weise“ verortet. Der von Graf von Westphalen kritisierte<sup>99</sup> unbe-

stimmte Rechtsbegriff „angemessen“ ist zur Erreichung der Einzelfallgerechtigkeit unerlässlich.

Anders als nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH ist es nach diesem Vorschlag möglich, dass eine Klausel, die unverändert bleibt, deshalb als ausgehandelt gilt, weil der Verwender statt einer Abänderung der Klausel zustimmen in einem anderen Punkt nachgegeben hat, z. B. beim Preis (sog. „Paket-Lösung“).

Die vier Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, bieten hinreichende Rechtssicherheit.<sup>100</sup> Naturgemäß ist mit jeder Gesetzesänderung bis zur Herausbildung einer Kasuistik durch die Rechtsprechung eine gewisse vorübergehende Rechtsunsicherheit verbunden. Wollte man diese vermeiden,<sup>101</sup> dürfte man Gesetze generell nicht ändern. Die BGH-Rechtsprechung zum Aushandeln ist nur deshalb so rechtssicher, weil die Anforderungen so hoch sind, dass sie in der Praxis nicht erfüllt werden können und die Vorschrift im Ergebnis leerläuft.

## VI. Fazit

Wenn Deutschland bei der Digitalisierung im internationalen Wettbewerb nicht noch weiter in Rückstand geraten soll, muss das B2B-AGB-Recht geändert werden. Die Digitalwirtschaft ist durch standardisierte, plattformbasierte Produkte und Dienstleistungen geprägt, die typischerweise auf der Grundlage von AGB angeboten werden. Auch der Vertragsschluss mittels Kommunikation von Maschine zu Maschine bei Industrie 4.0-Systemen erfolgt auf der Grundlage von AGB. Der Maßstab für die AGB-Inhaltskontrolle bei B2B-Geschäften muss daher so gelockert werden, dass deutsche Anbieter ihre Risiken, insbesondere hinsichtlich Haftung und Gewährleistung, in ähnlicher Weise wie ihre ausländischen Konkurrenten eingrenzen können und Vertragsbedingungen, die ihnen von ihren ausländischen Lieferanten auferlegt werden, wirksam an ihre Abnehmer durchreichen können. Um die Entwicklung von neuen Geschäftsmodellen auf der Grundlage von innovativem Risikomanagement zu ermöglichen und zu fördern, ist es zusätzlich erforderlich, die Anforderungen an das Aushandeln von Geschäftsbedingungen erheblich zu reduzieren. Das AGB-Recht im Verhältnis zu Verbrauchern sollte hingegen unverändert bleiben. Der hohe Verbraucherschutz darf jedoch – mit Ausnahme des Regresses innerhalb der einem B2C-Geschäft vorgelagerten Vertriebskette – nicht in der Weise auf den B2B-Bereich durchschlagen, dass die Vertragsfreiheit durch das AGB-Recht immer weiter eingeschränkt wird.

**Dr. Truiken J. Heydn** ist Rechtsanwältin bei TCI Rechtsanwältinnen in München. Die Schwerpunkte ihrer Tätigkeit liegen u. a. im IT-Recht, insbesondere Softwarerecht, Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht sowie Urheberrecht und gewerblicher Rechtsschutz (Patent-, Marken- und Wettbewerbsrecht).



94 Berger, NJW 2010, 465, 467.

95 Müller, IWRZ 2018, 153, 159.

96 S. hierzu Müller, IWRZ 2018, 153, 158.

97 Müller, IWRZ 2018, 153, 159.

98 Vgl. hierzu der Textvorschlag der *Frankfurter Initiative*, wiedergegeben bei Müller, IWRZ 2018, 153, 158.

99 Graf von Westphalen, BB 2021, 1410, 1415 (in diesem Heft).

100 A. A. Graf von Westphalen, BB 2021, 1410, 1415 (in diesem Heft).

101 So Graf von Westphalen, BB 2021, 1410, 1415 (in diesem Heft).