

Vertragsgestaltung

Moes

2020

ISBN 978-3-406-74496-9

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.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](https://www.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](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Laufzeiten sehr kostenträchtige Personalsicherheiten gestellt werden oder die ganze Transaktion würde scheitern, weil der Käufer sie als zu riskant einschätzt.

Die möglichst kostengünstige **Bereitstellung vertrauensbildender Informationen** ist daher in zahlreichen Vertragskonstellationen das wichtigste Mittel zur Reduzierung des Sicherungsinteresses. Das gilt etwa, wenn eine der Vertragsparteien ein renommiertes Unternehmen ist, bei dem der Kunde das Insolvenzrisiko aufgrund öffentlich zugänglicher Informationen als gering einschätzt, oder wenn zwischen den Vertragsparteien in der Vergangenheit schon mehrere Transaktionen reibungslos abgewickelt wurden und sich daher eine laufende Geschäftsbeziehung mit entsprechendem Vertrauen entwickelt hat. Gerade letztere Konstellation befindet sich durch die Digitalisierung stark im Aufwind: Eine Plattform, die über ein Datenprofil ihres Kunden verfügt oder dieses von Drittanbietern zur Verfügung gestellt bekommt, kann ziemlich gut einschätzen, welche Zahlungsmittel sie ihm anbietet und ob sie auf Vorkasse besteht oder nicht.

Es gibt also einen grundlegenden Zusammenhang zwischen Sicherungsinteresse und Vertrauen: **Je besser das Vertrauensverhältnis, desto geringer das Interesse an Vorleistungssicherung.** Zugleich gilt aber, dass trotz eines hervorragenden Vertrauensverhältnisses das Sicherungsinteresse steigt, je höher der Transaktionswert ist. Bei wirtschaftlich bedeutsamen Geschäften gilt nicht selten: Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser.

VII. Zwingendes Recht

Vertragliche Regelungen zur Vorleistungssicherung können in zwei Richtungen 306
Einschränkungen durch zwingendes Recht unterliegen: Zum einen ist zu fragen, ob nach dispositivem Recht vorgesehene Vorleistungssicherungen vertraglich abbedungen werden. Zum anderen ist zu fragen, ob nach dispositivem Recht eigentlich nicht vorgesehene Vorleistungen vertraglich vereinbart werden können. Die wichtigsten Grenzen, die das zwingende Recht hier setzt, stammen wiederum aus dem AGB-Recht und dem (tatsächlichen oder funktionellen) Verbraucherschutzrecht.

1. Vorleistungssicherung und AGB-Recht

Bei der AGB-rechtlichen Prüfung ist zunächst die Ausgangslage des dispositiven 307
Rechts in den Blick zu nehmen. Sieht es eine Zug-um-Zug-Leistung nach § 320 BGB vor, wie dies insbesondere beim Kaufvertrag der Fall ist, so ist auf den ersten Blick die Vereinbarung einer Vorleistungspflicht des Vertragspartners des AGB-Verwenders nach § 309 Abs. 1 Nr. 2 lit. a BGB ausgeschlossen. Diese Vorschrift ist aber nach ständiger Rechtsprechung auf die vertragliche Begründung einer Vorleistungspflicht nicht anwendbar. Sog. **Vorausleistungsklauseln** sind vielmehr allein an § 307 BGB zu messen.²⁷ § 320 BGB enthält einen wesentlichen Grundgedanken i. S. v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, von dem abzuweichen den Vertragspartner unangemessen benachteiligen kann. Ob dies der Fall ist, wird durch eine umfassende Rechtsprechung in Abhängigkeit vom jeweils betroffenen Vertragstypus geklärt.

Enthält das dispositive Gesetzesrecht eine von § 320 BGB abweichende Regelung, ist diese Ausgangspunkt der Prüfung, etwa beim Werkvertrag. Dort wird in § 641

²⁷ Vgl. etwa BGH 16.2.2016 – X ZR 97/14.

Abs. 1 S. 1 BGB die Fälligkeit der Vergütung auf den Zeitpunkt der Abnahme hinausgeschoben und damit eine Vorleistungspflicht des Unternehmers begründet, die allerdings durch §§ 632a, 650m BGB abgemildert wird, wonach der Unternehmer Abschlagszahlungen in Höhe „des Wertes der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen verlangen“ kann. Die Vereinbarung darüber „wesentlich“ hinausgehender Abschlagszahlungen ist AGB-rechtlich allerdings nicht möglich (§ 309 Nr. 15 lit. a BGB).

2. Vorleistungssicherung und Verbraucherschutzrecht

- 308 Auch das Verbraucherschutzrecht verbietet an zahlreichen Stellen die Begründung oder Erweiterung von Vorleistungspflichten zulasten des Verbrauchers. Exemplarisch sei genannt § 650v BGB, der im Bauträgervertrag dem Unternehmer Abschlagszahlungen nur zugesteht, wenn sie vertraglich vereinbart und der Höhe nach von der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen (AbschlV) nach Art. 244 EGBGB gedeckt sind, die wiederum auf den Ratenzahlungsplan nach § 3 Abs. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) Bezug nimmt. All diese Vorschriften sind auch anwendbar, wenn der Vertragspartner kein Verbraucher ist. Überwiegend handelt es sich allerdings um B2C-Geschäfte. Auch sonst reduzieren zwingende Vorschriften des (echten oder funktionellen) Verbraucherschutzrechts die Vorleistungsrisiken: So muss z. B. nach § 651r BGB der Reiseveranstalter für den Fall seiner Insolvenz die Erstattung des Reisepreises sicherstellen.

§ 15 Vorsorge gegen Leistungsstörungen

- 309 Die Realisierung des Vorleistungsrisikos bei Insolvenz der anderen Vertragspartei ist die denkbar größte Leistungsstörung. Sie führt im Extremfall zum vertraglichen Totalschaden, also dem Verlust des eigenen Leistungsgegenstandes, ohne die Gegenleistung auch nur teilweise zu erhalten. Um sonstige Leistungsstörungen geht es, wenn eine Vertragspartei die ihr obliegende (Primär-)Leistungspflicht nicht (**Unmöglichkeit**), nicht rechtzeitig (**Verzug**) oder nicht in der vereinbarten Weise (**Schlechtleistung**) erfüllt, ohne dass zu befürchten ist, dass sie daraus resultierende (Sekundär-)Leistungsansprüche wegen Insolvenz nicht erfüllen kann.

Vertragsjuristen haben hier auf einer ersten Ebene zu überlegen, wie sich die Entstehung solcher Leistungsstörungen verhindern lässt (**Präventionsebene**). Erst auf einer zweiten Ebene geht es darum, die Rechtsfolgen einer einmal eingetretenen Leistungsstörung im Vertrag zu gestalten (**Anspruchsebene**).

I. Präventionsebene

- 310 Ein großer Teil der Vorsorge gegen Leistungsstörungen findet in der vorvertraglichen Phase und beim Abfassen des Vertragstextes statt. Denn die Feststellung einer Leistungsstörung beginnt immer mit der Frage, ob überhaupt eine Abweichung der tatsächlich erbrachten von der vereinbarten Leistung besteht, z. B. im Falle der Schlechtleistung im Kaufrecht die Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB). Sehr häufig besteht die Vertragsstörung gerade in einer Uneinigkeit darüber, ob eine Abweichung vorliegt. Dieser Uneinigkeit beugt man

am besten vor durch gewissenhafte Erfüllung aller vorvertraglichen Informationspflichten und exakte Bestimmung des Leistungsgegenstandes und der Modalitäten seiner Erbringung im Vertragstext selbst. Insoweit findet die Präventionsarbeit des Vertragsjuristen in der Phase der Vertragsanbahnung statt (vgl. → Rn. 147 ff.).

1. Informationsasymmetrie nach Vertragsschluss

Auch während der Vollzugsphase können **präventive Instrumente** eine Leistungsstörung allerdings vorbeugen, sofern entsprechende Maßnahmen im Vertrag vereinbart wurden. Eine Notwendigkeit hierfür besteht vor allem bei komplexen Leistungsgegenständen. Denn bei diesen kann der Leistungserbringer meist die Qualität seiner Leistung deutlich besser beurteilen als der Leistungsempfänger. Wenn ein Heimwerker einen Hammer kauft, kann er dessen Brauchbarkeit schon im Moment des Vertragsabschlusses gut beurteilen. Aber welche Chance hat ein Autokäufer, zu erkennen, ob der PKW die behaupteten Emissionswerte einhält? Hier besteht eine starke Informationsasymmetrie zwischen Verkäufer und Käufer, die der Verkäufer ausnutzen kann, während der Käufer es überhaupt nicht oder jedenfalls zu spät, d. h. nach Ablauf der Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche, bemerkt.¹ 311

Immerhin hat der Leistungsempfänger bei Veräußerungs- und Überlassungsverträgen meist die Möglichkeit, die Leistungsstörung zu beweisen, da sich der Leistungsgegenstand in seiner Herrschaftssphäre befindet und von ihm untersucht werden kann. Das Problem der Informationsasymmetrie ist aber noch größer bei komplexen Dienstleistungen. Wer sich nach langer Beratung und Aufklärung einer komplizierten Operation unterzieht, kann fast gar nicht beurteilen, was mit ihm geschieht und ob die fortdauernden Schmerzen einfach nicht vermeidbar sind oder auf einem Operationsfehler beruhen. Und wer die Verwaltung seines Vermögens einem Vermögensverwalter überträgt, hat kaum eine Chance, in Erfahrung bringen, ob der Vermögensverwalter neben seinen Verwaltungsgebühren auch noch Provisionen vom Vertrieb der Kapitalanlageprodukte kassiert, die er eigentlich nach § 667 i. V. m. § 675 BGB herausgeben müsste.

Viele der hier vertragsgestalterisch behandelten Probleme werden in der Vertragsökonomie unter dem Stichwort der **Prinzipal-Agent-Theorie** beschrieben.² Im Kern geht es darum, dem Leistungsempfänger eine möglichst weitgehende Kontrolle über die Leistungserbringung einzuräumen, damit er Vertragsstörungen überhaupt entdecken und möglicherweise auch rechtzeitig einschreiten kann.

2. Überwachungs- und Weisungsrechte

Ein Instrument, solchen Informationsasymmetrien vorzubeugen, ist die Einräumung von **Überwachungs- und Weisungsrechten**. Dem Leistungsempfänger wird also das Recht eingeräumt, den Prozess der Leistungserbringung fortlaufend zu überwachen und ihm ggf. Weisungen zur ordnungsgemäßen Leistungserbringung zu erteilen. Ein schönes Beispiel hierfür sind die entsprechenden Bestimmungen für Bauverträge in der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) 312

¹ In der ökonomischen Vertragstheorie *moral hazard* genannt, vgl. Richter/*Furubotn* Institutionenökonomik 156.

² Vgl. hierzu Richter/*Furubotn* Institutionenökonomik 173 ff., 225 ff.

Formulierungsbeispiel: Überwachungs- und Weisungsrechte nach § 4 Abs. 1 VOB/B
 (...) Der Auftraggeber hat das Recht, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung zu überwachen. Hierzu hat er Zutritt zu den Arbeitsplätzen, Werkstätten und Lagerräumen, wo die vertragliche Leistung oder Teile von ihr hergestellt oder die hierfür bestimmten Stoffe und Bauteile gelagert werden. Auf Verlangen sind ihm die Werkzeichnungen oder andere Ausführungsunterlagen sowie die Ergebnisse von Güteprüfungen zur Einsicht vorzulegen (...). Der Auftraggeber ist befugt, unter Wahrung der dem Auftragnehmer zustehenden Leitung (...) Anordnungen zu treffen, die zur vertragsgemäßen Ausführung der Leistung notwendig sind.

Für die Vertragsgestaltung ist bei Überwachungs- und Weisungsrechten allerdings ein elementarer ökonomischer Zusammenhang zu beachten. Die Ausübung solcher Rechte verursacht dem Berechtigten (**Transaktions-)Kosten**. Sie ist zum einen zeitaufwändig und erfordert nicht selten die Hinzuziehung von Sachverständigen, die vergütet werden müssen. Kaum anders verhält es sich, wenn dem Leistungserbringer vertraglich auferlegt wird, seine Leistungserbringung von einer neutralen Stelle zertifizieren zu lassen. Die dafür anfallenden Kosten werden dann über den Preis abgewälzt.

Vertragsgestalterisch effektiv sind solche Überwachungs- und Weisungsrechte daher nur bei größeren Transaktionssummen und wenn der Leistungsempfänger seinerseits ein gewisses Maß an Professionalität aufbringen kann. Auf Verbrauchermärkten für Massengüter und -dienstleistungen oder im Kapitalanlagebereich für nicht professionelle Anleger haben solche Rechte nur einen niedrigen Wirkungsgrad. Dort muss die Informationsasymmetrie durch staatliche Marktregulierung beseitigt werden.

3. Auskunfts- und Rechenschaftspflichten

- 313 Während die Ausübung von Überwachungs- und Weisungsrechten dem Leistungsempfänger Kosten verursacht, fallen die Kosten bei der Erfüllung von **Auskunfts- und Rechenschaftspflichten** überwiegend beim Leistungserbringer an. Sie sind daher, ähnlich wie vorvertragliche Informationspflichten, ein gängiges Gestaltungsinstrument.

Praktisch relevant sind sie vor allem bei den typischerweise von Informationsasymmetrien begleiteten Dienstleistungsverträge mit komplexen Leistungsgegenständen. So sieht schon das Gesetz für Geschäftsbesorgungsverträge eine Auskunfts- und Rechenschaftspflicht in § 666 i. V. m. § 675 BGB ausdrücklich vor. Bei Behandlungsverträgen ist der Behandelnde verpflichtet, eine Patientenakte zu führen und dem Patienten Einsicht zu gewähren (§§ 630e f. BGB). Solche gesetzlichen Auskunfts- und Rechenschaftspflichten lassen sich zwar modifizieren, in ihrem Kern sind sie aber jedenfalls AGB-fest (§ 307 BGB).

4. Versicherungen

- 314 Ein weiteres Instrument auf der Präventionsebene ist der **Abschluss von Versicherungen** für vertragsstörende Ereignisse. Solche Versicherungen können dem Schutz einer Vertragspartei vor der Insolvenz der anderen dienen (vgl. → Rn. 299). Sie können aber daneben oder zugleich die Funktion haben, Streitigkeiten um die Beseitigung von Vertragsstörungen von vornherein zu vermeiden, indem ein einmal eingetretener Schaden ohne weitere Diskussion von Ursachen und Verschuldensanteilen auf eine dafür mit einer Prämie bezahlte Versicherung abgewälzt wird. Gerade bei Leistungen, die in der Sphäre der anderen Vertragspartei erbracht werden und bei dieser oder in deren Betrieb ggf. erhebliche (Folge-)Schäden verursachen können, sind Versicherungen ein probates Mittel. Auch hier ist der Bauvertrag ein gutes Beispiel: Der Abschluss von Bauleistungsversicherungen ist ein gängiger Vertragsbestandteil vieler Bauverträge.

II. Anspruchsebene

Hat sich auf der Präventionsebene die Entstehung einer Vertragsstörung nicht verhindern lassen, bleibt der Vertragsgestaltung nur noch, die daraus resultierenden (Sekundärleistungs-)Ansprüche zu regeln. Das Leistungsstörungenrecht wird in der universitären Ausbildung aus der Perspektive der Deziisionsjuristen umfassend behandelt und daher im Folgenden als bekannt vorausgesetzt. Die ex ante-Perspektive der Vertragsjuristen auf das Leistungsstörungenrecht erfordert allerdings einige ergänzende Hinweise zu dessen Struktur. 315

1. Das Leistungsstörungenrecht aus Sicht des Vertragsjuristen

a) Tatbestände des Leistungsstörungenrechts

Eine Leistungsstörung steht immer dann in Rede, wenn der Gläubiger reklamiert, die Leistung sei nicht entsprechend der vertraglichen Vereinbarungen erbracht worden. Die einschlägigen Tatbestände des dispositiven Gesetzesrechts enthalten einen für die Vertragsgestaltung einigermaßen berechenbaren und einen eher unberechenbaren Teil. Der berechenbare Teil des Leistungsstörungenrechts umfasst 316

- das bei bestimmten Vertragstypen für die **Schlechtleistung** speziell geregelte Gewährleistungsrecht für Sach- und Rechtsmängel des Leistungsgegenstandes, insbesondere bei **Veräußerungs- und Überlassungsverträgen** (z. B. Kauf-, Miet- und Werkverträgen nach §§ 434 ff., §§ 536 ff., §§ 633 ff., §§ 651c ff. BGB). Dort ist stets zu klären, ob die vereinbarte **Soll-Beschaffenheit** der Leistung von der **Ist-Beschaffenheit** des Leistungsgegenstandes abweicht. Falls ja, kann der Gläubiger Sekundärleistungsansprüche geltend machen. Diese Ansprüche sind teilweise verschuldensunabhängig (z. B. Nacherfüllung, Rücktritt und Minderung, § 437 Nr. 1 und 2 BGB) und teilweise verschuldensabhängig (z. B. Schadensersatz nach § 437 Nr. 3 BGB).
- das in Ermangelung eines speziellen Gewährleistungsrechts vor allem bei **Dienstleistungsverträgen** geltende allgemeine Leistungsstörungenrecht der §§ 280 ff. BGB, das sowohl **Nichtleistung, Schlechtleistung** als auch **Verzug** regelt, und teilweise auf das Gewährleistungsrecht verweist (vgl. § 437 Nr. 3, § 634 Nr. 4 BGB).

Diese Instrumente weisen einen hohen Systematisierungsgrad auf der Tatbestands-ebene und klar konturierte Rechtsfolgen auf. Dort kann die Vertragsgestaltung gezielt Modifizierungen vornehmen.

Weniger berechenbar für die Vertragsgestaltung sind hingegen folgende Teile des Leistungsstörungenrechts: 317

- Haftung aus **culpa in contrahendo** (§ 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB) wegen Verletzung einer vorvertraglichen Informationspflicht mit dem Ziel, einen wirksam geschlossenen, aber von einer Vertragspartei als nachteilig empfundenen Vertrag nach schadensrechtlichen Grundsätzen aufzuheben oder anzupassen. Zwar gilt die allgemeine Regel, dass das Gewährleistungsrecht lex specialis zur c. i. c.-Haftung ist. Gibt es bei einem Vertragstypus aber kein Gewährleistungsrecht oder fällt der die Leistungsstörung begründende Umstand nicht in den Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts, kann die c. i. c.-Haftung zur Anwendung kommen.³

³ Vgl. etwa BGH 26.9.1997 – V ZR 29/96.

- Konstellationen, in denen die Rechtsprechung in Ermangelung der Erfüllung eines Leistungsstörungstatbestandes aus Billigkeitsgründen auf **§ 313 BGB oder sonstige Generalklauseln** zurückgreift.⁴ Hiergegen ist die Vertragsgestaltung weitgehend machtlos.
- Konkurrierende **Anspruchsgrundlagen aus gesetzlichen Schuldverhältnissen**. Werden Verträge erfüllt, so richten sich die Rechtsfolgen von Vertragsstörungen grundsätzlich nach Vertragsrecht, also denjenigen Regeln, die Rechtsfolgen an das Bestehen eines Vertrags oder dessen Anbahnung knüpfen. Das ist aber nicht uneingeschränkt so: Insbesondere können vertragswidrige Handlungen einer Vertragspartei zugleich einen **Deliktstatbestand nach §§ 823 ff. BGB** erfüllen, etwa im Fall von Leistungsstörungen, die beim Gläubiger zu (Mangel-)Folgeschäden an dessen deliktisch geschützten Rechtsgütern führen. Oder sie können einen **Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte**⁵ berechtigen. Die Vertragsgestaltung steht bei der Modifizierung der Rechtsfolgen einer Leistungsstörung stets vor dem Problem, ob und in welchem Umfang diese aus gesetzlichen Schuldverhältnissen resultierenden Ansprüche ebenfalls der Gestaltung zugänglich sind oder nicht.

b) Reichweite der Rechtsfolgen

- 318 Steht der Tatbestand einer Leistungsstörung fest, richtet sich der Blick auf dessen Rechtsfolgen, die ebenfalls der vertraglichen Gestaltung zugänglich sind. Hier sind vier große Gruppen von Rechtsfolgen zu unterscheiden:
- Zum einen kann die Rechtsfolge darauf lauten, dass der **Vertrag rückabgewickelt** wird oder der Wert der Gegenleistung entsprechend der Störung herabgesetzt wird. In diesem Fall ist nur das Äquivalenzinteresse des Schuldners der gestörten Leistung betroffen. Das ist im Kaufrecht z.B. der Fall bei Rücktritt und Minderung nach § 437 Nr. 2 BGB.
 - In der Regel stärker belastet wird der Schuldner der gestörten Leistung, wenn er vom Gläubiger auf **Naturalerfüllung** in Anspruch genommen werden kann, was im Kaufrecht etwa der Fall ist bei Durchsetzung des Primärleistungsanspruchs aus § 433 Abs. 1 BGB (vor Gefahrübergang) und beim Anspruch auf Nacherfüllung nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB (nach Gefahrübergang). Die Durchsetzung des Leistungsinteresses des Gläubigers kann beim Schuldner nämlich zu erheblichen Mehrkosten führen, für die lediglich der in § 275 Abs. 2 und § 439 Abs. 4 BGB genannte Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit als Grenze gilt.
 - Noch stärker wird der Schuldner der gestörten Leistung belastet, wenn er nicht nur das Leistungsinteresse des Schuldners befriedigen muss, sondern dessen **volles Erfüllungsinteresse (positives Interesse)**. Das ist der Fall beim Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 BGB. In diesem Fall ist der Gläubiger so zu stellen, also ob ordnungsgemäß erfüllt worden wäre, was auch alle bei ihm durch die Vertragsstörung etwa entstandenen Folgeschäden umfasst.
 - Wie stark die Belastung des Schuldners der gestörten Leistung ist, wenn er nur auf das sog. **negative Interesse** des Gläubigers in Anspruch genommen werden kann, lässt sich nicht allgemein sagen. Der Gläubiger ist dann so zu stellen, als wäre der Vertrag nicht zustande gekommen. Das kommt bei einer Haftung aus der Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten in Frage (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, §§ 249 ff. BGB) oder bei der Geltendmachung vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB. Die Belastung ist tendenziell niedriger als bei der

⁴ Vgl. etwa BGH 26.9.2018 – VIII ZR 187/17 mit krit. Anm. *Thiessen* JZ 2019, 574.

⁵ Vgl. hierzu MüKoBGB/*Gottwald* § 328 Rn. 166 ff.

Haftung auf das positive Interesse. Je nach Konstellation kann das negative Interesse bei hohen vertragspezifischen Investitionen des Gläubigers aber auch darüber liegen.

Das Schuldnerisiko bei einer Inanspruchnahme wegen Leistungsstörungen unterscheidet sich also gravierend nach der einschlägigen Rechtsfolge. Dementsprechend wird der Schuldner in der Vertragsgestaltung versuchen, die Reichweite der Rechtsfolgen einzuschränken. Der Versuch, die Haftung auf das Äquivalenzinteresse des Gläubigers der gestörten Leistung zu beschränken, liegt nahe.

2. Systematik der Gestaltungen und zwingendes Recht

a) Vollständiger Ausschluss von Sekundärleistungsansprüchen

Eine vertragliche Vereinbarung, wonach eine Vertragspartei keinerlei Haftung für irgendwelche Störungen der von ihr geschuldeten Leistung übernimmt, würde den von der anderen Vertragspartei verfolgten Vertragszweck vollständig vereiteln und die Erbringung der von ihr geschuldeten Leistung praktisch in ihr Belieben stellen. Die Frage, ob eine solche **umfassende Freizeichnungsklausel** überhaupt möglich ist, ist müßig: Denn entweder lautet der Vertragswille dann in Wahrheit darauf, dass Leistung und Gegenleistung eben lediglich konditional oder kausal verknüpft sind, aber eben nicht synallagmatisch. Oder es liegt ein unentgeltlicher Vertrag vor, bei dem es der empfangenden Vertragspartei freigestellt wird, ob sie eine Gegenleistung erbringt. Der vollständige Ausschluss von Ansprüchen aus Leistungsstörungen ist daher ein praktisch nie abgefragtes Gestaltungsziel. 319

b) Anknüpfungspunkte für die Modifizierung von Sekundärleistungsansprüchen

Aus diesem Grund geht es stets nur um die Modifizierung der im dispositiven Recht vorgesehenen Sekundärleistungsansprüche. Für solche Modifizierungsgestaltungen gibt es zahlreiche Anknüpfungspunkte. Für eine systematische Herangehensweise sind vor allem folgende Ebenen auseinanderzuhalten: 320

- Sekundärleistungsansprüche können entweder eingeschränkt oder erweitert werden.
- Die Modifizierungen können Störungen der vertragstypischen Leistung oder der Geldleistung betreffen.
- Die Modifizierung kann am Tatbestand oder der Rechtsfolge des Sekundärleistungsanspruchs ansetzen. Sie kann auch die zulässigen Gegenrechte des Gläubigers des Sekundärleistungsanspruchs oder die Beweislastregeln für dessen Durchsetzung modifizieren.

c) Zwingendes Recht

Sekundärleistungsansprüche sind grundsätzlich dispositiv und können von den Vertragsparteien modifiziert werden. Die einzige allgemeine Gestaltungsgrenze besteht darin, dass sich niemand durch eine vertragliche Abbedingung von Haftungstatbeständen von **vorsätzlichem Handeln** freizeichnen kann (vgl. v. a. § 202 Abs. 1, § 276 Abs. 3, § 444, § 639 BGB). 321

Diese weitreichende Dispositionsbefugnis der Vertragsparteien gilt aber faktisch nur noch auf C2C-Märkten. In allen anderen Konstellationen setzen das **AGB-Recht** und das **Verbraucherschutzrecht** der Modifizierung von Sekundärleistungsansprüchen enge Grenzen. Gerade das AGB-Recht ist in weitem Umfang **spezielles Leistungsstörungenrecht**. Hier ist bei der Vertragsgestaltung zu unterscheiden: In B2C-Konstellationen ist der Unternehmer nahezu immer der AGB-Verwender (§ 310

Abs. 3 Nr. 1 BGB) und die speziellen Klauselkataloge der §§ 308 f. BGB greifen unmittelbar. Komplizierter stellt sich die Situation bei B2B-Geschäften dar. Zum einen greifen die Klauselkataloge der §§ 308 f. BGB nur zum Teil, was allerdings durch eine weite Anwendung von § 307 BGB kompensiert wird (§ 310 Abs. 1 BGB). Außerdem ist immer genau zu berücksichtigen, wer im B2B-Bereich eigentlich der Verwender ist. Ist es der Schuldner der vertragstypischen Leistung, dann betrifft die AGB-Kontrolle die **Beschränkung von Sekundärleistungsansprüchen** der vertragstypischen Leistung (→ Rn. 322 ff.) sowie die **Erweiterung von Sekundärleistungsansprüchen** der Geldleistung (→ Rn. 331). Ist hingegen der Gläubiger der vertragstypischen Leistung der AGB-Verwender, wenn er z. B. die Marktmacht besitzt, seinen Lieferanten Einkaufsbedingungen zu stellen, ist es umgekehrt: Die AGB-Kontrolle betrifft die **Erweiterung von Sekundärleistungsansprüchen** der vertragstypischen Leistung (→ Rn. 328 ff.) sowie die **Beschränkung von Sekundärleistungsansprüchen** der Geldleistung (→ Rn. 327).

Die Differenzierung danach, ob eine C2C-, B2C- oder B2B-Konstellation vorliegt und wer AGB-Verwender ist, macht die Gestaltung der Modifizierung von Sekundärleistungsansprüchen mit ihren unterschiedlichen Anknüpfungspunkten ebenso wie die nachfolgenden Ausführungen zu einer vergleichsweise technischen Angelegenheit.

III. Beschränkung von Sekundärleistungsansprüchen

1. Vertragstypische Leistung

a) Beschränkung der Mängelgewährleistung

- 322 Bei Vertragstypen, die ein Mängelgewährleistungsrecht vorsehen, wird häufig eine Einschränkung der Mängelansprüche vereinbart. Das sind vor allem Kauf-, Werk- und Mietverträge. Ein vollständiger Ausschluss von Mängelgewährleistungsrechten ist eine sehr häufig gewählte Gestaltung, die in vielen Fällen unbedenklich ist, und zwar insbesondere bei Kaufverträgen über gebrauchte bzw. nicht neu hergestellte Sachen außerhalb von B2C- und AGB-Konstellationen. So enthält nahezu jeder Kaufvertrag über eine Bestandimmobilie und jeder Kaufvertrag über gebrauchte Kraftfahrzeuge im C2C-Bereich einen vollständigen Ausschluss der Sachmängelhaftung. Ganz anders sieht es hier in AGB-Konstellationen aus, bei denen § 309 Nr. 8 lit. b aa und bb BGB einen Ausschluss und eine Beschränkung von Mängelgewährleistungsansprüchen bei der Lieferung *neu hergestellter* Sachen und bei Werkleistungen weitgehend untersagt. Beim Verbrauchsgüterkauf tritt im B2C-Bereich die noch schärfere Vorschrift des § 476 BGB hinzu, die auch bei gebrauchten *beweglichen* Sachen den Gewährleistungsausschluss stark beschränkt.

b) Beschränkung des Haftungsmaßstabs und des Umfangs von Schadensersatzansprüchen

- 323 Bei allen Vertragstypen, ganz gleich ob sie ein Mängelgewährleistungsrecht kennen oder nicht, kommen Vereinbarungen in Frage, mit denen der **Haftungsmaßstab für das Vertretenmüssen** (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB) und das **Verschulden** konkurrierender Deliktsansprüche (§§ 823 ff. BGB) reduziert wird. Das ist grundsätzlich möglich, solange nicht die Haftung für vorsätzliches Handeln ausgeschlossen wird (vgl. v. a. § 276 Abs. 3, § 444, § 639 BGB). In AGB-Verträgen ist eine Reduzierung des