

## Das Recht der AGB nach der Schuldrechtsmodernisierung

### I. Überblick über die Natur der Änderungen

1. Es gibt in Text und Regelungsort *unmittelbar* nur eher marginale Änderungen. Abgesehen davon, daß sich der Gesetzgeber zur sog. **großen Lösung** bei der Schuldrechtsmodernisierung entschlossen hat und die Verbraucherschutzgesetze und insbes. das AGBG in das BGB inkorporierte (§§ 305 ff. BGB n. F.), resultierte inhaltlicher Änderungsbedarf vornehmlich aus folgendem:

- **Redaktioneller Anpassungsbedarf** an das modernisierte Schuldrecht

Zum *Beispiel* wurde der noch im alten § 11 Nr. 7 a. E. AGBG geregelte Haftungsausschluß betr. die **cic** nicht in den § 309 Nr. 7 BGB n. F. überführt. Dies erklärt sich aus der veränderten Haftungs- bzw. Gewährleistungskonzeption einerseits und der Kodifikation der *cic* andererseits. Anstelle vieler *actiones* gibt es nun mit § 280 I BGB n. F. einen Grundtatbestand, der qua § 311 II BGB n. F. auch vor Vertragsschluß eine Haftung vorsieht.

- **Teilmodernisierung** auch des Rechts der AGB als solchem

*Beispielsweise* ist bei formularmäßiger **Schadensersatzpauschalierung** entgegen dem § 11 Nr. 5 AGBG nicht nur das Abschneiden des Gegenteilsbeweises geringeren Schadens schädlich, sondern die Klausel bereits unwirksam, wenn der Gegenteilsbeweis nicht ausdrücklich ermöglicht ist (§ 309 Nr. 5 BGB n. F.).

- Vorgaben der **EU-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln** in Verbraucherverträgen

Zu diesen zählen vor allem die Kodifizierung des bislang nur richterrechtlich anerkannten **Transparenzgebots** (jetzt § 307 I 2 BGB n. F.) und die Beseitigung der Möglichkeit, formularmäßig die Fahrlässigkeitshaftung für **Personenschäden** abzubedingen (§ 309 Nr. 7 a BGB n. F.).

2. Über diese unmittelbare Anpassung hinaus ergeben sich aus dem sog. **Paradigmenwechsel** indes *mittelbare* Änderungen bei der allgemeinen Inhaltskontrolle (§ 307 BGB n. F.).

Nach altem Recht waren sowohl das **Pflichtenprogramm** – abhängig von den verschiedenen Vertragsarten – im Gesetz vertypt als auch der **Verschuldensmaßstab** in § 276 BGB a. F. gesetzlich typisiert. Im Unterschied dazu sind nach neuem Recht wegen der an eine (objektive) "Pflichtverletzung" anknüpfenden §§ 280 ff. BGB n. F. und des um die Übernahme von Garantie bzw. Beschaffungsrisiko ergänzten § 276 BGB n. F. Pflichtenprogramm und Schuldmaßstab stets individualvertraglich zu regeln.

Für die (**allgemeine**) **Inhaltskontrolle** nach § 307 BGB n. F. hat dieser Paradigmenwechsel zur Folge, daß verstärkt der Vorrang der Individualabrede gem. § 305 b BGB n. F. (§ 4 AGBG) zu beachten ist und mangels gesetzlichen Leitbildes gem. § 307 II Nr. 1 BGB n. F. die Vertragsnatur gem. § 307 II Nr. 2 BGB n. F. für die Beurteilung der Unangemessenheit in den Vordergrund rückt.

Verschiebungen in der praktischen Bedeutung von Vorschriften gibt es aber auch bei der **speziellen Inhaltskontrolle** nach § 309 BGB n. F. Sie resultieren weniger aus dem Paradigmenwechsel als vielmehr aus anderen "Modernisierungsmaßnahmen" des Gesetzgebers.

Ein *Beispiel* bildet § 309 Nr. 2 BGB n. F. Die formularmäßige Abbedingung der **Einrede des nichterfüllten Vertrages** führte bislang ein Schattendasein, da mit Gefahrübergang ohnehin die Gewährleistungsrechte gem. §§ 459 ff. BGB a. F. vorgingen. Die Einführung des **Nacherfüllungsanspruchs** in § 433 I 2 BGB n. F., dogmatisch ein (modifizierter) Erfüllungsanspruch, erweckt Einrede und Ausschlußinteresse zu neuem Leben.

### II. Ausgewählte Änderungen im systematischen Zusammenhang

Die Anwendung des Rechts der AGB ist geprägt von der Prüfungsfolge AGB-Begriff – Einbeziehung – Inhaltskontrolle im speziellen und im allgemeinen.

## 1. AGB-Begriff

Hier sind keine wesentl. Änderungen zu vermelden. § 305 I 1 BGB n. F. setzt noch immer voraus:

- Vorformulierte Vertragsbedingungen,
- die zur mehrfachen Verwendung gedacht sind (außer bei Verbraucherverträgen, § 310 III BGB n. F.)
- und vom Unternehmer gestellt werden (Fiktion bei Verbraucherverträgen, § 310 III BGB n. F.).

Gegenbegriff ist noch immer die ausgehandelte Individualabrede, § 305 I 2 BGB n. F.

## 2. Einbeziehung

a. Für die grds. notwendige Einbeziehung, § 305 II BGB n. F., müssen nach wie vor vorliegen:

- Hinweis des Verwenders,
- Kenntnisnahmemöglichkeit des Kunden,
- und (daraus folgendes) Einverständnis des Kunden mit der Geltung der AGB.

b. Die Anforderungen an die Kenntnisnahmemöglichkeit sind "klarstellungshalber" bei "erkennbarer" körperlicher **Behinderung** des Kunden "angemessen" verschärft worden.

Problematisch ist eine analoge Anwendung auf **Ausländer** mit Sprachproblemen (m. E. abzulehnen).

c. Ferner sind die Ausnahmeregelungen nach dem alten § 23 AGBG quantitativ und qualitativ zugunsten des Kunden verändert worden (jetzt § 305 a BGB n. F.).

Konnten früher insbesondere behördlich genehmigte **Versicherer-AGB** auch ohne Einbeziehung Vertragsinhalt werden, bedürfen sie demgegenüber infolge Beseitigung der Ausnahmeregelung nunmehr der regulären Einbeziehung gem. § 305 II BGB n. F.

Hinsichtlich der noch verbliebenen Ausnahmeregelungen für **Telekommunikations-, Post- und Personenbeförderungs-AGB** gilt bei Fehlen von Einbeziehungsvoraussetzungen gem. § 305 a BGB n. F. nunmehr das Konsensprinzip, ist eine "echte" **Einbeziehungsvereinbarung** nach §§ 145 ff. BGB notwendig. Zwar genügt insofern kein Schweigen, die konkludente Annahme liegt aber in der Vertragsdurchführung, in den Worten des § 305 a BGB n. F. im "Einwurf" des Briefes oder dem "unmittelbaren Einsatz" von Call-by-Call. Bei Telek.- und Postbef.-AGB ist zusätzlich tatsächliches Bereithalten der AGB notwendig.

Für "**normale**" **via Telefon geschlossene Verträge** gilt dagg weiterhin die richterrechtlich abgeschwächte Einbeziehung iSd. § 305 II BGB n. F., die (allein) einen pauschalen Hinweis während d. Telefongesprächs erfordert.

## 3. Allgemeine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB n. F.

a. Die allgemeine Inhaltskontrolle fragt nach wie vor nach

- einer Abweichung bzw. Ergänzung von gesetzlichen Vorgaben, § 307 III 1 BGB n. F.
- die unangemessen ist, was wiederum gem. § 307 I, II BGB n. F.
  - bei Intransparenz ledigl mögl ist (dh unangemess Benachteiligg durch intr Regelg ist zusätzlich festzustellen)
  - oder schon im Zweifel bei Abweichg v. wesentl. Grundgedanken des Gesetzes/der Vertragsnatur der Fall ist.

b. Intransparenz

Die I. ist jetzt im Rahmen der *allgemeinen Inhaltskontrolle* gesetzlich fixiert (§ 307 I 2). Darüber hinaus kann sie nach wie vor die *Einbeziehung* hindern. Auch gilt bei i. Klauseln weiterhin das Prinzip der *kundenfeindlichsten Auslegung*, um zugunsten des Kunden zur Unwirksamkeit der i. Klausel zu gelangen.

Transparente "andere Bestimmungen" iSv. § 307 III 2 BGB n. F., die von Gesetz/Vertragsnatur nicht abweichen – gemeint sind Preis und Hauptleistung – unterliegen nicht der Inhaltskontrolle.

c. Wesentliche Grundgedanken

Hinzuweisen ist zunächst noch einmal auf den **Paradigmenwechsel** qua Schuldrechtsmodernisierung. Pflichtenprogramm und Verschuldensmaßstab (§§ 280 ff. und 276 BGB n. F.) sind stets individualvertraglich zu regeln. Kautelarjuristisch gilt dann folgendes:

- Die ggf. schadensersatzauslösende individualvertragliche **Pflichtenfestlegung** kann durch AGB nur ergänzt werden, §§ 307 II Nr. 2, 305 b BGB n. F.
- Bei individualvertraglicher Übernahme von **Beschaffungsrisiko/Garantie** ist eine formulärmäßige Abschwächung durch d. Verkäufer unwirksam, §§ 307 II Nr. 2, 305 b BGB n. F. Umgekehrt ist eine Höherqualifizierung in Einkaufs-AGB d. Käufers glf. unwirksam, § 307 II Nr. 1 BGB n. F.

Für individualvertragliche Abschwächungen sind die §§ 444 und 639 BGB n. F. zu beachten.

#### d. Sonderproblem: **Schadensersatzhaftung bei einfacher Fahrlässigkeit**

**Gesetzlicher Rahmen:** Zulässigkeit der Abbedingung der Haftung für einfache Fahrlässigkeit in bezug auf Sach- & Vermögensschäden ist Frage des § 307 II Nr. 1, 2 BGB n. F.:

- Fehlen zwingender Vorgaben; auch beim Verbrauchsgüterkauf überläßt § 475 III BGB n. F. die Schadensersatzregelung dem AGB-Recht.
- Das AGB-Recht wiederum sanktioniert Haftungsausschlüsse für Personenschäden jedweden Verschuldens und für übrige Schäden aufgrund groben Verschuldens (§ 309 Nr. 7 a & b BGB n. F., s. u.); § 309 Nr. 8 b bb BGB n. F. betrifft nur Rücktritt und Minderung in Mangelfällen (s. u.).

**Schadensersatz statt der Leistung** bei Verzögerung/Schlechtleistung (§ 281 BGB n. F.) od. Beeinträchtigung sonst. Rechtsgüter (§ 282 BGB n. F.): **unabdingbar** (dto. Unternehmerverkehr), da

- ab Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs der Erfüllungsanspruch untergeht, § 281 IV BGB n. F., der Kunde im Freizeichnungsfalle also rechtlos gestellt würde;
- eine Kompensation durch das verbliebene Rücktrittsrecht (vgl. § 309 Nr. 8 BGB n. F., s. u.) erscheint wegen der Gleichstellung von Schadensersatz und Rücktritt im neuen § 325 BGB n. F. unzureichend;
- in Fortführung der Rechtsprechung zum alten AGB-Recht, die bei Verletzung wesentlicher Pflichten eine Vertragszweckgefährdung bejahte (jetzt § 307 II Nr. 2 BGB n. F.), ist bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen der §§ 281 f. BGB n. F. gleichermaßen von einer Vertragszweckgefährdung auszugehen, denn die Nachfristsetzung wäre ergebnislos geblieben (§ 281 BGB n. F.) bzw. wäre die Leistung dem Gläubiger unzumutbar (§ 282 BGB n. F.). *Außerhalb von Mangelfällen ist deshalb § 307 II Nr. 2 BGB n. F. einschlägig.*
- Fraglich könnte allenfalls sein, ob in *Mangelfällen* anderes gelte, hielte man § 309 Nr. 8 b bb BGB n. F. mit seiner Regelung von Rücktritt und Minderung für abschließend, den Schadensersatzausschluß also gleichsam zulassend. Dagegen spricht aber, daß sowohl §§ 440 & 636 als auch § 325 BGB n. F. im Vergleich zum alten Recht weiteren Schadensersatz gewähren, weshalb *in Mangelfällen § 307 II Nr. 1 BGB n. F. eingreift.*

**Schadensersatz neben der Leistung** (§ 280 BGB n. F.): grds. **abdingbar**, da

- die o. g. Erwägungen nicht in gleicher Weise tragen.
- **Ausnahme: Verzögerungsschäden** (dto. Unternehmerverkehr), da Rücktritt und Schadensersatz *statt* der Leistung insofern keine Kompensation darstellen können. Daß § 11 Nr. 8 b ABGB nicht übernommen wurde, steht dem nicht entgegen, denn der Verzögerungsschadensersatz wurde gleichsam in § 280 BGB n. F. "versteckt" und konsequenterweise auch im AGB-Recht nicht mehr eigenständig geregelt.

## 4. Spezielle Inhaltskontrolle nach § 309 BGB n. F.

a. Einrede des nichterfüllten Vertrags (§ 320 BGB n. F.), § 309 Nr. 2 BGB n. F.

- ist wg. d. *primären Nacherfüllungsanspruchs* § 433 I 2 BGB n. F. unabdingbar
- P: Unternehmerverkehr (früher bis Unstreitigkeit/rechtskräftiger Feststellung abdingbar, vgl. § 309 Nr. 3 BGB n. F.). Um der Bedeutung der Einführung des Nacherfüllungsanspruchs Rechnung zu tragen, dürfte gem. §§ 310 I, 307 II Nr. 1 BGB n. F. von einer unangemessenen Benachteiligung auch des Unternehmers auszugehen sein.

b. Schadensersatzpauschale, § 309 Nr. 5 BGB n. F.

- Der *Gegenteilsbeweis* geringeren Schadens muß nun in der Klausel ausdrücklich ermöglicht sein.
- P: Unternehmerverkehr; zw., ob bloßes Nichtabschneiden des Gegenteilsbeweises noch genügt.

c. Haftungsausschluß in bezug auf Personenschäden, § 309 Nr. 7 a BGB n. F.

- jetzt auch in bezug auf *Fahrlässigkeit* unwirksam, dto. Unternehmerverkehr (§§ 310 I, 307 II Nr. 1 BGB n. F.).

d. Haftung für grob fahrlässige Pflichtverletzungen (§§ 280 ff. BGB n. F.), § 309 Nr. 7 b BGB n. F.

- kann nach wie vor nicht ausgeschlossen werden (Vorsatzhaftung schon nach § 276 III BGB n. F. zwingend); Streichung der c.i.c. ist nur redaktionelle Anpassung (s. o.). Dto. Unternehmerverkehr.

e. Ausschluß des Rücktrittsrechts (§ 323 BGB n. F.), § 309 Nr. 8 BGB n. F.

- *außerh. von Mangelfällen* bei *Vertretenmüssen* der Pflichtverletzung (keine Vor. von § 323 BGB n. F.!) unwirksam.
- in *Mangelfällen* nach Fehlschlag Nachbesserungsversuch *unabhängig vom Verschulden* unwirksam.

#### f. Fehlschlagen der Nacherfüllung

- *Rücktritt und Minderung* sind bei *Verbrauchsgüterkauf* (nach Fehlschlag Nachbesserung) schon gem. §§ 475, 440 BGB n. F. zwingend (nicht aber Schadensersatz, § 475 III BGB n. F.).
- Ansonsten kommt für Rücktritt und Minderung § 309 Nr. 8 b bb BGB n.F. zur Anwendung.
- Für den Schadensersatz (s.o.) wird der nicht abschließende § 309 Nr. 8 b bb BGB n.F. durch § 307 II Nr. 1 BGB n.F. in Mangelfällen ergänzt (arg.: §§ 440, 636 & 325 BGB, s. o.), außerhalb v. Mangelf. Ist auf die Vertragszweckgefährdung ab Nachfristsetzung/Unzumutbarkeit abzuheben, § 307 II Nr. 2 BGB n.F. Dto. Unternehmerverh.

#### g. Verjährung

- bei *Verbrauchsgüterkäufen* ist 2-J.-Frist d. § 438 I Nr. 3 BGB n. F. schon gem. § 475 II BGB n. F. zwingend.
- für *Bauwerke* ist die 5-Jahres-Frist d. § 438 I Nr. 2 BGB n. F. gem. § 307 II Nr. 1 BGB n. F. unabdingbar.
- bei *sonst Käufen* ist in *Mangelfällen* eine Verkürzung auf 1 J. ok, § 309 Nr. 8 b ff BGB n.F., wohingg *außerh von Mangelf.* (§§ 280, 311 BGB n.F.) die 3-J.-Frist d. § 195 BGB n. F. gem. § 307 II Nr. 1 BGB n. F. unabdingbar ist.
- P: Unternehmerverkehr. Um den Regreß beim Verursacher zu ermöglichen, muß es mindestens parallel laufen, §§ 310 I, 307 II Nr. 1 BGB n. F. Im übrigen sind moderate Verkürzungen/Verlängerungen möglich.

5. Beachte, daß die **Bereichsausnahme für Arbeitsverträge** (§ 23 I AGBG) aufgehoben ist (vgl. § 310 IV BGB n. F.).