Originalveröffentlichung in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S. 481-525

Die Integration von „Nebengesetzen" in das BGB

von

Thomas Pfeiffer, Bielefeld

I. Einführung 482
1. Zur Notwendigkeit einer Erörterung der Grundentscheidung für eine Integration 482
2. Erörterung im Rahmen des vorliegenden Diskussionsentwurfs 483
II. Die Argumentation des Diskussionsentwurfs 484
III. Beurteilungsmaßstab 485
1. EG-rechtliche Implikationen 485
a) Freie Mittelwahl und Effektivität des Mittels 485
b) Zur Bedeutung inhaltlicher Vorgaben des EG-Rechts bei der Integration von Nebengesetzen 486
2. Kodifikationsprinzip 487
IV. Anwendung dieser Kriterien – Allgemeine Erwägungen 489
1. Einfachheit, Übersichtlichkeit und ordnende Zusammenfassung 489
2. Konsolidierung des Verbrauchervertragsrechts 490
a) Detailreiche Regelungstechnik und (teilweise) unentwickelte Dogmatik 490
b) Ungelöste Wertungswidersprüche in den diversen Rechtsquellen des Vertragsrechts 493
3. Sonderprivatrecht und allgemeine Kodifikation 494
a) Zugehörigkeit des sachlichen Regelungsgegenstands der Nebengesetze zum Bürgerlichen Recht 495
b) Akzeptabilität eines situativen oder vertragsspezifischen Interessenschutzes 496
c) Vereinbarkeit der Anknüpfung an den Verbraucher mit dem liberalen Ideal der Rechtsgleichheit 496
d) Anknüpfung an den Unternehmer als Zumutbarkeitskriterium 497
4. Zwischenfazit 499
V. Die Integration der einzelnen Gesetze 500
1. AGB-Gesetz 500
a) Allgemeines 500
b) Standort 502
c) Verbraucherrechtliche Sonderabschnitte oder systematische Integration 502
d) Bereichsausnahmen im Allgemeinen Teil und im Allgemeinen Schuldrecht 504
e) Grundprobleme einer Fortschreibung des AGB-Rechts 507
f) Ausgewählte Einzelheiten 508
aa) § 309 II BGB-DiskE 508
bb) Anwendungsbereich der §§ 312, 313 BGB-DiskE 509
aaa) Wegfall des Privilegs für Telekommunikationsverträge 509
bbb) Strom- und Gasversorgung von Sonderkunden 510
ccc) Haftungsfreizeichnung für staatlich genehmigte Lotterien 510
cc) § 312 Nr. 2 BGB-DiskE 510
dd) § 313 Nr. 8 BGB-DiskE 511
ee) § 313 Nr. 10 BGB-DiskE 515
aaa) Allgemeines 515
bbb) § 313 Nr. 10 b) BGB-DiskE 516
ccc) § 313 Nr. 10 e) BGB-DiskE 517
ddd) § 313 Nr. 10 f) BGB-DiskE 519

2. Haustürgeschäfte und Fernabsatz 519
a) Grundentscheidung für eine Integration in das BGB 519
b) Standort 520
3. Verbraucherkreditgesetz 521
4. Teilzeitwohnrechte 521
VI. Fazit 522
VII. Thesen 523
1. Zur Integrationsproblematik allgemein 523
2. Zum AGB-Gesetz 524
3. Zum Verbraucherkreditgesetz 524
4. Zum Haustürwiderrufsgesetz und Fernabsatzgesetz 525
5. Zum Teilzeitwohnrechtegesetz 525

I. Einführung

1. Zur Notwendigkeit einer Erörterung der Grundentscheidung für eine Integration

Die augenfälligste Veränderung, die mit der Schuldrechtsmodernisierung vorgeschlagen wird, liegt für den Bereich der bisherigen Nebengesetze in deren Integration in das BGB. Schon im Gutachten von *Westermann* wird sie aus der Perspektive des Jahres 1983 grundsätzlich – wenngleich natürlich nicht voraussetzungslos – für möglich gehalten[1]. Der Abschlussbericht der Schuldrechtskommission hatte demgegenüber von einem solchen Vorschlag abgesehen und sich auf wenige Korrekturen im AGBG beschränkt[2]. Freilich stellte sich angesichts der zum Zeitpunkt der Vorlage des Berichts im Vergleich zur jetzigen Rechtslage geringeren Zahl der Nebengesetze die Frage nach ihrer Integration auch nicht in derselben Deutlichkeit wie heute.

Ein ausdrücklich als solcher bezeichneter erster Schritt[3] hin zur jetzt vorgeschlagenen Integration lag sodann allerdings in der Aufnahme von Definitionsnormen für die Person des Verbrauchers und des Unternehmers durch die §§ 13, 14 BGB sowie in der einheitlichen Regelung der Modalitäten der verbrauchervertraglichen Widerrufsrechte bzw. des Rückgaberechts in den §§ 361 a und 361 b BGB. Der Diskussionsentwurf zieht hieraus den Schluss, damit sei der Weg einer Integration der vertragsrechtlichen Nebengesetze in das BGB „vorgezeichnet"[4].

Inwieweit dies Zustimmung im Ergebnis verdient, wird zu erörtern sein. Eine zur weiteren Integration verpflichtende Selbstbindung ist der Gesetzgeber mit den

---

[1] *Harm Peter Westermann*, Verbraucherschutz, in: Bundesminister der Justiz (Hg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band III, 1983, S. 1 ff.

[2] Bundesministerium der Justiz (Hg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 278 ff.

[3] Vgl. *Jürgen Schmidt-Räntsch*, Das Fernabsatzgesetz, ZBB 2000, 344, 346, der die durch das Fernabsatzgesetz in das BGB eingefügten Regelungen als Vorbereitung der „Vollintegration" der Verbraucherschutzgesetze in das BGB deklariert.

[4] Bundesministerium der Justiz (Hg.), Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, 2000, S. 216; umgekehrt beklagt *Herbert Roth*, Das Fernabsatzgesetz, JZ 2000, 1013, 1014, dass damit die weitere Diskussion über den Sinn der Anknüpfung an das Verbrauchermerkmal versperrt sei.

genannten Vorschriften jedenfalls nicht eingegangen[5], und sie wird durch den Diskussionsentwurf auch nicht behauptet. Eine solche Integration sollte also nur erfolgen, wenn sie unter Berücksichtigung ihrer Voraussetzungen, ihres Sinns und ihrer Folgen sachlich überzeugt.

Dies gilt auch deshalb, weil es nicht nur einen rechtsästhetischen Unterschied ausmacht, ob eine Regelung innerhalb des BGB oder im Rahmen eines Nebengesetzes getroffen wird. Letzteres folgt schon daraus, dass es nach den Regeln der Auslegungskunst zulässig ist, systematische Schlüsse aus dem Umstand zu ziehen, in welchem Gesetz und an welcher Stelle innerhalb dieses Gesetzes eine bestimmte Regelung getroffen wird. So wirft beispielsweise die Einfügung der AGB-rechtlichen Vorschriften in das Allgemeine Schuldrecht die im Ergebnis möglicherweise zu verneinende, aber doch beantwortungsbedürftige Frage auf, ob sich aus dieser Positionierung Konsequenzen für die Inhaltskontrolle dinglicher Rechtsgeschäfte ergeben.

2. Erörterung im Rahmen des vorliegenden Diskussionsentwurfs

Vor der somit gebotenen Erörterung in der Sache ist allerdings klarzustellen, dass sich der Sinn einer Integration zivilrechtlicher Nebengesetze in das BGB nicht unabhängig von der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG[6] erörtern lässt. Jedenfalls *prima facie* erschiene es als wenig konsequent, wenn die verbrauchervertraglichen Spezialvorschriften für Teilzeitwohnrechte im BGB geregelt würden, während die dem Kern des Bürgerlichen Rechts wesentlich näher stehenden Vorschriften über Kaufverträge mit Verbrauchern einem Sondergesetz vorbehalten blieben[7]. Eine inzidente Erörterung dieser für die Integration von Nebengesetzen mitentscheidenden Vorfrage müsste indes den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen. Die folgenden Überlegungen können den Fragen der Integration der Nebengesetze in das BGB also lediglich im Kontext des vorliegenden Diskussionsentwurfs nachgehen.

---

[5] Das folgt schon daraus, dass es eine mögliche und im Schrifttum diskutierte Gesetzestechnik darstellt, nur diejenigen Teile des Richtlinientransformationsrechts (zu dem überwiegend auch die in Rede stehenden Nebengesetze gehören), die einem abstrakten „Vor-die-Klammer-Ziehen" zugänglich sind, in das BGB einzufügen und die Rechtsunterworfenen ansonsten auf die nebengesetzlichen Rechtsquellen zu verweisen (und damit zugleich auf diese hinzuweisen), vgl. etwa *Peter Hommelhoff*, Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung, AcP 192 (1992) 71, 86; *Martin Gebauer*, Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts, 1998, S. 139; die Einfügung der §§ 13, 14 BGB unter diesem Gesichtspunkt erörternd auch *Roth*, JZ 2000, 1013.

[6] Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG Nr. L 171 vom 7.7.1999, S. 12

[7] So der Vorschlag einer „kleinen Lösung" von *Wolfgang Ernst* und *Beate Gsell*, abgedruckt in ZIP 2000, 1462; dazu *dies.*, Kaufrechtsrichtlinie und BGB, ZIP 2000, 1410; *dies.*, Nochmals für die „kleine Lösung", ZIP 2000, 1812.

II. Die Argumentation des Diskussionsentwurfs

Mit den vorstehenden Überlegungen deutet sich zugleich an, dass ein Kriterium für die Bewertung der beabsichtigten Integration in das BGB im systematischen Zusammenhang des jeweiligen Nebengesetzes zum Bestand des Bürgerlichen Rechts liegt. Dieser gesetzes- und wertungssystematische Zusammenhang zum BGB ist aber – wovon auch die Entwurfsbegründung ausgeht – bei den in Rede stehenden Nebengesetzen unterschiedlicher Art. Die enge Wechselwirkung, die zwischen dem AGB-Gesetz und dem Schuldrecht des BGB besteht[8], lässt sich etwa für das Teilzeitwohnrechtegesetz nicht in gleicher Weise konstatieren. Schon dies legt nahe, dass eine Beurteilung der Integration in das BGB nicht pauschal erfolgen darf, sondern die Besonderheiten des jeweiligen Nebengesetzes berücksichtigen muss.

Der Entwurf begründet die Einbeziehung sämtlicher Nebengesetze in das BGB indessen mit dem Ziel der Übersichtlichkeit des Rechts, die – was sicher zutrifft – unter der zunehmenden Zahl der Nebengesetze leide. Übersichtlichkeit lasse sich nur durch Einbeziehung sämtlicher Nebengesetze in das BGB erreichen[9]. Dem könnte ohne Einschränkung aber nur dann zugestimmt werden, wenn die Übersichtlichkeit der Rechtsordnung allein von der Zahl der Gesetze abhinge. Das ist jedoch nicht der Fall. Denn nicht nur die Anzahl, sondern auch Ordnung, Transparenz und Inhalt der Gesetze bestimmen die Übersichtlichkeit der Rechtsordnung. Es kommt also auch darauf an, ob das einzelne Nebengesetz im BGB seinen richtigen Standort hat.

Auch wenn also der Prämisse, dass *a priori* nur eine Integration sämtlicher Nebengesetze in Betracht kommt, nicht zu folgen ist, muss man jedoch anerkennen: Die erhebliche Zahl der Nebengesetze wirft ein Übersichtlichkeitsproblem auf. Diese Feststellung präjudiziert aber nicht die Frage, ob man hierauf durch Integration aller oder nur bestimmter Nebengesetze in das BGB oder auch durch bloße kodifikatorische Zusammenfassung der Nebengesetze reagieren sollte. Anzuerkennen ist ferner, dass die Integration der in Rede stehenden Nebengesetze dadurch gemeinsame Fragestellungen aufwirft, dass es sich bei dem FernAbsG, dem HaustürWG, dem TzWrG und dem VerbrKrG um Gesetze zur Transformation von EG-Richtlinien mit einem verbrauchervertraglichen Anwendungsbereich handelt[10]. Auch beim AGBG ist dies, soweit es um § 24 a AGBG geht, der

---

[8] Diskussionsentwurf (Fn. 4) 371.

[9] Diskussionsentwurf (Fn. 4) 371.

[10] Es handelt sich um die Richtlinie des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (85/577/EWG), ABl. EG Nr. L 372 vom 31.12.1985, S. 31; Richtlinie des Rates vom 22.12.1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (87/102/EWG), ABl. EG Nr. L 42 vom 12.2.1987, S. 48; die Richtlinie des Rates vom 22.2.1990 zur Änderung der Richtlinie 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. EG Nr. L 61 vom 10.3.1990, S. 14; Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom

Fall[11]; außerhalb dieser Vorschrift liegt eine Parallele zu den vorstehend genannten Gesetzen und Vorschriften immerhin in den verbraucherschützenden Wirkungen dieses Gesetzes[12]. Eine „vor die Klammer gezogene" Erörterung der sich daraus ergebenden Gemeinsamkeiten ist also möglich und geboten.

III. Beurteilungsmaßstab

1. EG-rechtliche Implikationen

a) Freie Mittelwahl und Effektivität des Mittels

Da die zur Integration anstehenden Nebengesetze überwiegend der Transformation von EG-Recht dienen und der Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu beachten ist, ist vorab zu betonen, dass die Entscheidung für oder gegen eigenständige Transformationsgesetze wegen der nach Art. 249 III EGV bestehenden Wahlfreiheit hinsichtlich des Transformationsmittels EG-rechtlich nicht präjudiziert ist. In EG-rechtlicher Perspektive erwächst ein Vorzug der Integration in das BGB allerdings daraus, dass das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung nicht nur für besonders geschaffene Transformationsnormen, sondern für das nationale Recht als Ganzes gilt[13]. Soweit erforderlich, muss auch das BGB richtlinienkonform ausgelegt werden; und insbesondere den Generalklauseln, allen voran § 242 BGB, kommt heute zugleich die Funktion zu, bei allfälligen Umsetzungsdefiziten als Auffangnorm einzugreifen[14]. Eine Erstreckung der richtlinienkonformen Auslegung auf das Zivilrecht als Ganzes wird zwar durch die Transformation einzelner Richtlinien in besonderen Gesetzen nicht ausgeschlossen. Für die alltägliche Rechtsanwendung durch die Instanzgerichte ist jedoch eine Beachtung dieses Gebots bei Aufnahme in das BGB eher zu erwarten[15].

26.10.1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, ABl. EG Nr. L 280 vom 29.10.1994, S. 83; Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG Nr. L 144 vom 4.6.1997, S. 19.

[11] Richtlinie des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13/EWG), ABl. EG Nr. L 95 vom 21.4.1993, S. 29.

[12] Dazu eingehend *Westermann* (Fn. 1) 24ff.

[13] EuGH, *Marleasing/La Commercial Internacional d Alimentación*, Slg. 1990 I 4135; jüngst auch EuGH, *Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero*, NJW 2000, 2571.

[14] Dazu *Thomas Pfeiffer*, Richtlinien der EU und ihre Umsetzung – Umsetzungstreue und Harmonie der Richtliniengebung mit zivilrechtlicher Dogmatik, Vortrag im Rahmen des gemeinsamen Kolloquiums der Gesellschaft für Rechtsvergleichung und der Société de législation comparé vom 22.–25.6.2000 in Trier, erscheint demnächst in einem Tagungsband in der Reihe „Arbeiten zur Rechtsvergleichung".

[15] Nur der Klarstellung halber: Es geht insofern nicht um die Schaffung von Normen mit Doppelfunktion, die gleichzeitig der Transformation von Richtlinien und (außerhalb des Anwendungsbereichs der umgesetzten Richtlinie) einem durch den autonomen nationalen

Insofern besteht aus EG-rechtlicher Perspektive eine leichte Präferenz für eine Integration in das BGB. Sie muss in eine Gesamtbewertung einfließen, kann jedoch nicht den Ausschlag geben, solange es primär dem Recht der Mitgliedstaaten überlassen bleibt, das nationale Privatrecht mit den Fragmenten des europäischen Richtlinienrechts zu einem sinnvollen Ganzen zusammenzufügen.

Das Gleiche gilt für die aus dem Richtlinienrecht erwachsenden Probleme, zu denen zunächst der detailreiche Regelungsstil dieser Rechtsakte zählt[16], die sich aber auch dann bemerkbar macht, wenn Rechtsinstitute des EG-Rechts von der Dogmatik des BGB abweichen[17] (etwa bei der Anknüpfung der Verbraucherkredit-Richtlinie an den Begriff des Kreditvertrags gegenüber dem darlehensrechtlichen Konzept des BGB[18]). Eine umfassende Bewertung der vielfältigen Aspekte einer Integration des Richtlinientransformationsrechts in das Privatrecht als Ganzes lässt sich also nur aus einer (das EG-Recht einbeziehenden) Perspektive des mitgliedstaatlichen Rechts vornehmen.

b) Zur Bedeutung inhaltlicher Vorgaben des EG-Rechts bei der Integration von Nebengesetzen

Auf einer anderen Ebene liegt die inhaltliche Bindung an EG-rechtliche Vorgaben. Sie bewirkt in erster Linie, dass eine Integration der Nebengesetze nur mit demjenigen Inhalt erfolgen darf, der den zugrunde liegenden Richtlinienvorgaben entspricht. Soweit das deutsche Transformationsrecht, wie überwiegend, dem Konzept einer Minimalumsetzung folgt, heißt dies, dass der Inhalt der Nebengesetze bei der Transformation nur redaktionell zur Disposition steht. Im Hinblick auf die über das EG-Richtlinienrecht hinausgehenden („überschießenden") Inhalte des deutschen Rechts, also vor allem hinsichtlich des über § 24 a AGBG hinausgehenden Anwendungsbereichs des AGBG und des Widerrufsrechts beim Verbraucherkredit, steht deren Abschaffung nicht ernstlich auf der Tagesordnung. In Betracht kommen für alle praktischen Zwecke allenfalls Randkorrekturen.

Eine wesentliche Konsequenz dieses Befunds liegt darin, dass ein – ansonsten keineswegs fernliegender – Weg der Integration der fraglichen Nebengesetze EG-rechtlich versperrt ist: Es scheidet nämlich ein Integrationskonzept aus, das auf

---

Gesetzgeber definierten Regelungszweck dienen; in einem solchen Fall könnte besorgt werden, dass es zu ungewollten Ausstrahlungen des EG-Richtlinienrechts auf das autonome nationale Recht kommt; zu der damit verbundenen Problematik *Mathias Habersack, Christian Mayer*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, JZ 1999, 913; *Peter Hommelhoff*, Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Europäisierung des Privatrechts, in: Claus-Wilhelm Canaris u.a. (Hg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band II, 2000, S. 889, 913 ff.; *Wulf-Henning Roth*, Europäisches Recht und nationales Recht, in: Canaris u.a. (Hg.) (diese Fn.) 847, 883 ff. Demgegenüber steht im vorliegenden Kontext allein eine bessere Beachtung der richtlinienkonformen Auslegung, soweit sie ohnehin rechtlich geboten ist, in Rede.

[16] Näher IV 2 a).

[17] *Gebauer* (Fn. 5) 139; eingehend demnächst *Pfeiffer* (Fn. 14).

[18] Dazu noch V 3.

einer Verallgemeinerung des persönlichen Anwendungsbereichs der bisherigen nebengesetzlichen Regelungsmechanismen unter Aufgabe der weithin geltenden Beschränkung auf Verbraucherverträge zielt. Denn ein solches Konzept müsste wohl versuchen, eine Anpassung der Nebengesetze an die Bedürfnisse der Verträge zwischen Nichtverbrauchern zu erreichen, indem es deren Inhalt abschwächt.

Zulässig wären indes in der Regel allenfalls Ausweitungen des persönlichen oder sachlichen Anwendungsbereich der bestehenden Schutzmechanismen oder die Anordnung noch weiter gehender Rechtsfolgen. Selbst wenn man aber eine Ausdehnung der bisherigen verbraucherrechtlichen Regeln in Randbereichen für diskutabel halten wollte, wird jedenfalls deren generelle Erstreckung auf Nichtverbraucher mit Recht von niemandem gefordert[19]. Aus der Perspektive praktischer Gesetzgebung kommt daher (derzeit) eine Integration nur unter Inkaufnahme der Beschränkung auf Verbraucherverträge oder eben gar nicht in Betracht. Ob sie sinnvoll ist oder nicht, bleibt aber trotz EG-rechtlicher Bindungen ein Problem des nationalen Rechts.

2. Kodifikationsprinzip

Die Frage nach den maßgebenden Beurteilungskriterien für die Aufnahme von Nebengesetzen in die Zivilrechtskodifikation führt daher zur Frage nach dem Zweck der Kodifikation und somit zum Kodifikationsprinzip selbst, auf das sich die Entwurfsbegründung ganz folgerichtig beruft[20]. Legt man dessen Leitmotiv eines einheitlichen, lückenlosen, gedanklich und dogmatisch durchdrungenen Systems des Bürgerlichen Rechts zugrunde[21], so hängt die Beurteilung der Aufnahme

---

[19] Einen ersten Ansatz für eine unter Verzicht auf die Figur des Verbrauchers erfolgende Integration des § 24 a AGBG (respektive des Art. 3 I Klausel-Richtlinie 93/13/EWG) könnte man zwar in dem nahezu inhaltsgleichen Art. 4:110 der *Principles of European Contract Law* sehen. Infolge ihrer Erstreckung auf vorformulierte Individualvereinbarungen bedarf diese Bestimmung, wenn sie überhaupt hierfür in Betracht kommen soll, aber noch weiterer einschränkender Sachkriterien, um als taugliche Verallgemeinerung des Regelungsgedankens des § 24 a AGBG (respektive des Art. 3 I Klausel-Richtlinie 93/13/EWG) gelten zu können; ebenso müsste ein Verzicht auf eine Begrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs der Widerrufsrechte zur Integration in die allgemeine Rechtsgeschäftslehre jedenfalls sachlich mit einer Beschränkung auf Fälle erheblicher Störungen der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit verbunden und zudem (schwer vorstellbar) jede Störung der Schnelligkeit und Leichtigkeit des Unternehmensverkehrs vermieden werden, vgl. in einer ersten Annäherung *Manfred Wolf*, Willensmängel und sonstige Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit in einem europäischen Vertragsrecht, in: Jürgen Basedow (Hg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 1999, S. 85, 114 ff., 118 ff. Eine weitere Verfolgung dieser Gedanken erscheint reizvoll; sie wirft aber eine Fülle wertungssystematischer Fragen auf, und es erscheint unsicher, ob sie zu akzeptablen Ergebnissen führen kann. Im zeitlichen Kontext des Diskussionsentwurfs lassen sich die hierfür notwendigen Arbeiten keinesfalls leisten.

[20] Diskussionsentwurf (Fn. 4) 169.

[21] *Karl Larenz, Manfred Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, 1997, § 2, Rn. 100.

unserer Nebengesetze in das BGB von der hinreichenden gedanklichen und dogmatischen Durchdringung ihres Regelungsgegenstands sowie von dessen Zugehörigkeit zu einem den Wertungsgrundlagen nach einheitlichen Bürgerlichen Recht ab.

Gegen die Anwendung dieses Kriteriums sprechen auch nicht die unter dem Stichwort „Auflösung der Kodifikationsidee“[22] diskutierten Phänomene: Zwar wurde eine lückenlose einheitliche Kodifikation des Zivilrechts niemals erreicht, und die Zahl der privatrechtlichen Sondergesetze hat gerade in den letzten Jahren stark zugenommen. Eine wesentliche Ursache für deren Entstehung liegt nach allgemeiner Einschätzung in der eigenständigen Teleologie etwa des Arbeits- oder Handelsrechts, aufgrund derer diese Materien einer systematisch überzeugenden Integration in das BGB nicht zugänglich waren; bei anderen Gesetzen spielte (auch) eine Rolle, dass ihre Bewährung zum Zeitpunkt ihrer Schaffung noch unsicher war und sie insofern nicht als Teil eines mit hinreichender Verlässlichkeit durchdrungenen dogmatischen Systems gelten konnten[23].

Die vorhandenen Durchbrechungen des Einheitlichkeits- und Lückenlosigkeitspostulats des Kodifikationsprinzips beruhen mithin darauf, dass die in Frage stehenden Gegenstände die nach dem Kodifikationsprinzip selbst maßgebenden Voraussetzungen für eine Aufnahme in das BGB nicht oder noch nicht oder noch nicht mit hinreichend gewährleisteter Gewissheit erfüllen. Folglich führen die besagten Durchbrechungen des Kodifikationsprinzips nicht zu dessen Widerlegung, sondern sind Ausdruck der ungebrochenen Richtigkeit seiner Leitmotive. Und ebenso wenig kann diese Richtigkeit (natürlich) dadurch in Frage gestellt werden, dass die Schuldrechtsreform unter dem politischen Schlagwort einer „Modernisierung“ diskutiert wird: Denn „weil Recht gleich *recta ratio* ist, wie immer die Zeitideologie dies ausdrücken mag, ist Recht auch stets System, und es haben die Sach- und Funktionsprinzipien einer jeden Materie universale Bedeutung.“[24]

Deshalb ist zusammenfassend festzustellen, dass es für die Beurteilung einer Integration der Nebengesetze auf zwei Gesichtspunkte ankommt, nämlich

– ob erstens Inhalt und Dogmatik der fraglichen Nebengesetze für eine solche Integration hinreichend konsolidiert sind und

– ob zweitens – nach dem Postulat der Übereinstimmung von äußerem und innerem System des Rechts – die Nebengesetze dem allgemeinen Bürgerlichen Recht zugehören.

---

[22] *Larenz/Wolf* (Fn. 21) § 2, Rn. 103 ff.

[23] Überblick bei *Larenz/Wolf* (Fn. 21) § 2, Rn. 103 ff.

[24] *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1964, S. 227.

IV. Anwendung dieser Kriterien – Allgemeine Erwägungen

1. Einfachheit, Übersichtlichkeit und ordnende Zusammenfassung

Geht man zunächst von den hieraus folgenden Desideraten der Einfachheit, Übersichtlichkeit und ordnenden Zusammenfassung aus, so streiten diese gegen den bisherigen Rechtszustand. Zwar hat es Nebengesetze zum BGB stets gegeben und ihre völlige Abschaffung ist auch jetzt nicht geplant[25]: Fernunterrichtsschutzgesetz, Versicherungsvertragsgesetz, Produkt- und Umwelthaftungsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz und Erbbaurechtsverordnung bleiben beispielsweise erhalten. Gerade das Verbrauchervertragsrecht hat aber inzwischen eine solche Vielzahl von Nebengesetzen zu ertragen, dass deren Zusammenfassung zur Übersichtlichkeit beiträgt. Diese könnte allerdings auch außerhalb des BGB etwa durch ein Konsumentenschutzgesetz erfolgen, das unsere Nebengesetze (und eventuell weitere) zusammenfasst.

Für das AGBG ist insofern zwar zu bedenken, dass dieses – jedenfalls außerhalb des § 24 a AGBG – weder nach seiner Provenienz noch nach seinem persönlichen Anwendungsbereich als Verbraucherschutzgesetz qualifiziert werden kann[26]. Der Gesetzgeber müsste also gegebenenfalls erwägen, ein „unechtes" Konsumentenschutzgesetz zu schaffen, das den über Verbraucherverträge hinausgehenden Anwendungsbereich des AGBG einschließt. Bei Schaffung eines „echten" Konsumentenschutzgesetzes müssten für den außerhalb der Verbraucherverträge liegenden Anwendungsbereich des AGBG Sonderregeln geschaffen werden, die sich allerdings gesetzestechnisch auch in die Form an anderer Stelle anzubringender eingeschränkter Verweisungen auf ein Konsumentenschutzgesetz kleiden ließen[27]. Der bloße Gesichtspunkt der Zusammenfassung spricht also dafür, es nicht bei der bisherigen Vielzahl der Gesetze zu belassen, zwingt aber nicht zur Integration in das BGB. Wer ergründen will, welcher Weg den Vorzug verdient, muss sehen, dass für die Übersichtlichkeit der Rechtsordnung nicht allein die Anzahl der Gesetze den Ausschlag gibt; es kommt zugleich auf ihre Ordnung und ihren Inhalt an. Der Gesichtspunkt der Übersichtlichkeit kann nur dann für eine Zusammenfassung im BGB angeführt werden, wenn diese das Prädikat „ordnend" verdient[28].

---

[25] Sie könnte auch nicht überzeugen, vgl. schon *Manfred Lieb*, Grundfragen einer Schuldrechtsreform, AcP 183 (1983) 327, 329ff.

[26] *Lieb*, AcP 183 (1983) 327, 355; *Peter Ulmer*, in: Peter Ulmer, Hans Erich Brandner, Horst-Diether Hensen, AGB-Gesetz, 8. Auflage,1997, Einleitung, Rn. 20.

[27] Nur angemerkt sei an dieser Stelle, dass ein solches Konsumentenschutzgesetz allerdings erneut und mit noch größerer Schärfe die bereits bei der Schaffung des § 24 a AGBG diskutierte Problematik aufwerfen würde, inwieweit die AGB-Verwendung im Unternehmensverkehr denselben Vorschriften wie Verbraucherverträge unterstellt werden sollte, vgl. *Peter Hommelhoff, Kai-Udo Wiedenmann*, Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Individualverträgen, ZIP 1993, 562.

[28] Zur Fragwürdigkeit einer nur formalen Zusammenfassung *Lieb*, AcP 183 (1983) 327, 329.

2. Konsolidierung des Verbrauchervertragsrechts

a) Detailreiche Regelungstechnik und (teilweise) unentwickelte Dogmatik

Das Leitmotiv der gedanklichen Durchdringung führt dazu, dass die zivilrechtliche Kodifikation jedenfalls idealtypisch auf die Zusammenfassung des dauerhaft Gültigen zielt, wohingegen Nebengesetze eher ein Instrument sind, um durch wechselnde Zweckmäßigkeiten geprägte Regelungen zu erfassen, deren abschließende Bewährung einstweilen noch nicht sicher ist. Zwar mag man einwenden, dass das BGB selbst in den einhundert Jahren seiner Geltung vielfach Gegenstand – mitunter auch hektischer – gesetzgeberischer Aktivitäten war. Doch bleibt der angesprochene Grundgedanke beachtlich, bleibt das BGB – wie *Flume* kürzlich metaphorisch formuliert hat – ein Kulturdenkmal[29]. Die Integration von Nebengesetzen in das BGB setzt deshalb die Erwartung voraus, dass ihr Inhalt inzwischen für eine solche Aufnahme als hinreichend konsolidiert gelten kann.

Ein erstes Problem resultiert dabei aus der detailfreudigen Regelungstechnik des EG-Richtlinienrechts[30], die sich notgedrungen auch in den deutschen Transformationsnormen widerspiegelt. Sie ist Ausdruck einer Rechtssetzungskultur, die auf eine dem BGB vergleichbare dogmatische Durchdringung meint verzichten zu können.

Der Entwurf reagiert darauf durch Auslagerung von Details in eine Informationspflichtenverordnung. Das Mittel ist nicht neu. Der Gesetzgeber hat es schon bei der Regelung des Viehkaufs[31] und bei der Umsetzung der Pauschalreise-Richtlinie genutzt. Ebenso ist es ein bekanntes Prinzip, bei der Konkretisierung von Sorgfalts- oder Verkehrspflichten auch auf Rechtsquellen außerhalb des BGB zurückzugreifen. Freilich haben die zur Konkretisierung von Sorgfalts- und Verkehrspflichten dienenden Normen regelmäßig eine hiervon unabhängige weitere Funktion, die ihre selbständige Existenz rechtfertigt. Demgegenüber beschränkt sich die Funktion der nunmehr geplanten Verordnung auf eine Konkretisierung des BGB. Dies lag indessen bei der Hauptmängelverordnung im Rahmen des Viehkaufs auch nicht anders.

Inhaltlich enthält die jetzt vorgesehene Informationspflichtenverordnung aber nicht mehr als eine wörtliche oder redaktionell leicht modifizierte Wiederholung dessen, was bereits in den umzusetzenden Richtlinien steht. Ein möglicher Beitrag zur Eindämmung der Regelungsflut läge mithin darin, den im Richtlinienrecht begründeten Informationspflichten durch einen diese in Bezug nehmenden Befehl des deutschen Gesetzgebers selbst (freilich nur scheinbar) unmittelbare Wirkung zu verschaffen. Das würde zugleich die EG-rechtliche Provenienz dieser Regeln für die Praxis deutlich werden lassen und ist auch insofern vorzugswürdig. Aber

---

[29] *Werner Flume*, Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung, ZIP 2000, 1427.

[30] Zu den hieraus erwachsenden Integrationsproblemen etwa *Gebauer* (Fn. 5) 139.

[31] Auf die Hauptmängelverordnung als mögliches Vorbild bei der Transformation übermäßig detailreicher Richtlinien hatte schon *Hommelhoff*, AcP 192 (1992) 71, 86, hingewiesen.

gleichviel ob Auslagerung in eine Verordnung oder gesetzliche Inbezugnahme von Richtlinien: Mit diesen Mitteln kann man sich nur eines Teils der Details entledigen. Und ein weiteres Problem kommt deshalb hinzu, weil die verbraucherrechtlichen Aktivitäten der EG andauern; es stehen weitere Vorhaben zur Verwirklichung an[32], die bei Umsetzung im BGB erneuten Anpassungsbedarf begründen könnten. Gesetzestechnisch ist der für eine Integration wünschenswerte Stand der Konsolidierung der Nebengesetze allenfalls zum Teil erreicht.

Auf der anderen Seite ist die dogmatisch-inhaltliche Durchdringung der nunmehr in das BGB zu integrierenden Nebengesetze im deutschen Recht weit fortgeschritten. Zudem – und vor allem – lässt sich eine zunehmende dogmatische Aufarbeitung des EG-Richtlinienrechts erkennen, die trotz berechtigter Kritik an dessen Inhalt und Regelungstechnik einen fixen Kernbestand hervortreten lässt[33]. Dass wir in diesem Punkt heute in einer anderen Lage sind als noch vor fünfzehn Jahren, zeigt auch ein Rückblick auf die Entstehungsgeschichte des Haustürwiderrufsgesetzes. Damals war es für die gesetzgeberische Entscheidung zugunsten eines neben das BGB und das seinerzeit noch geltende Abzahlungsgesetz tretenden Sondergesetzes unter anderem maßgebend, dass eine stimmige Integration dieser Gesetze schon am Fehlen eines einheitlichen Konzepts für den persönlichen Anwendungsbereich (Nichtkaufleute beim Abzahlungsgesetz *versus* Verbraucher beim Haustürwiderrufsgesetz) scheiterte[34]. Inzwischen hat sich – bei Unterschieden im Detail – eine Anknüpfung an einen weitgehend einheitlichen Verbraucherbegriff durchgesetzt. Dieser erlaubt nicht nur die Verwendung der für das BGB charakteristischen Gesetzestechnik des „Vor-die-Klammer-Ziehens", sondern ist Ausdruck einzelnormübergreifender Wertungsgrundlagen. Hieran kann eine Integration anknüpfen. Jedenfalls insofern erscheint unter dem Gesichtspunkt inhaltlicher Konsolidierung eine Integration in das BGB zum jetzigen Zeitpunkt als vertretbar. Dabei ist auch zu bedenken, dass gerade eine Zusammenfassung im BGB die Chance birgt, zur Ordnung der Rechtsquellen und -inhalte beizutragen[35].

---

[32] Siehe etwa den geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, Dok. KOM (1999) endg., zugänglich unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/reg/de_152040.html.; vgl. auch *Dirk Staudenmayer*, Europäisches Verbraucherschutzrecht nach Amsterdam – Stand und Perspektiven, RIW 1999, 733.

[33] Äußeres Anzeichen dieser Tendenz ist die Aufarbeitung des Richtlinieninhalts mit den Mitteln der Kommentar- und Handbuchliteratur, etwa *Stefan Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1998, S. 196 ff.; ferner die Kommentierungen von *Hans-Wolfgang Micklitz* zur Haustürwiderrufs-Richtlinie 85/577/EWG und zur Fernabsatz-Richtlinie 97/7/EG, *Thomas Pfeiffer* zur Klausel-Richtlinie 93/13/EWG, *Klaus Tonner* zur Pauschalreise-Richtlinie 90/314/EWG, *Michael Martinek* zur Time-Sharing-Richtlinie 94/47/EG, alle in: Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf, Manfred Wolf (Hg.), Das Recht der Europäischen Union, Band II, Sekundärrecht, Teil A, Verbraucher- und Datenschutzrecht, Loseblattsammlung, Stand 15. Lieferung 2000.

[34] Dazu etwa *Peter Gilles*, Das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, NJW 1986, 1131, 1137 f.

[35] Sie hat der Gesetzgeber etwa im Kontext des § 361 a BGB genutzt, vgl. *Helmut Heinrichs*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Auflage, 2001, § 361 a, Rn. 3.

Allerdings trifft der von *Hommelhoff* im Jahre 1991 konstatierte Befund eines auf der Ebene der EG durch divergierende Schutzkonzepte gekennzeichneten Normbestands[36] jedenfalls insofern nach wie vor zu, als das Modell eines Schutzes durch zwingende Regelungen in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG nicht mit der an eine Störung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit anknüpfenden Konzeption der Klauselrichtlinie und dem Informations- und Widerrufsmodell der anderen hier fraglichen Richtlinien zu vereinbaren ist.

Dieser Widerspruch ist Ausdruck von Einwänden, die sich in der Sache in erster Linie gegen die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG richten[37]: Erstens ist deren Konzept entgegen zu halten, dass in einer Zivilrechtsordnung, welche das Prinzip der Privatautonomie anerkennt, der Schutz (der Entscheidungsfreiheit) von Verbrauchern primär durch situationsbezogene Regelungen erfolgen muss, wohingegen erst in zweiter Linie auf vertragstypbezogene Ansätze zurückgegriffen werden darf[38]. Zweitens ist unklar, warum gerade das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht mit dem besonderen Schutz der Nichtdispositivität ausgestattet wird, andere Materien jedoch nicht[39]. Drittens ist der unverhältnismäßige Eingriff in die Privatautonomie durch Art. 7 Richtlinie 1999/44/EG zu beklagen, der selbst individuell und frei vereinbarten Abweichungen von der Richtlinie die Wirksamkeit versagt[40].

Für den an dieser Stelle allein in Rede stehenden Aspekt hinreichender Konsolidierung ergibt sich somit einerseits eine Bestätigung des Befundes widersprüchlicher Schutzkonzepte. Die Ursache des Widerspruchs liegt andererseits allerdings erstens außerhalb der zu integrierenden Nebengesetze und zweitens in einer verbraucherrechtlichen Richtlinie, deren Transformation im BGB selbst eine – hier nicht zu diskutierende – Prämisse der Schuldrechtsreform zu bilden scheint. Das führt nicht zur Billigung der besagten Widersprüche bzw. Einwände, relativiert jedoch ihre Bedeutung für die Beurteilung der hinreichenden Konsolidierung der Nebengesetze.

Eine, soweit es um die Nebengesetze geht, mangelnde Konsolidierung wäre schließlich dann zu konstatieren, wenn sich eine europäische Teilkodifikation des Obligationenrechts konkret abzeichnete. Das ist trotz beginnender Arbeiten einer „Study Group on a European Civil Code" aber nicht der Fall. Die gegenwärtige Lage wird uns, ergänzt um einige weitere Richtlinien, erhalten bleiben. Sie wird in den Nebengesetzen – jedenfalls im Grundsatz – durch Vorschriften geprägt, die bereits existieren und deren funktionierendes Zusammenwirken – jedenfalls soweit es um das AGBG, das HaustürWG und das VerbrKrG geht – mit dem BGB erprobt ist.

---

[36] *Hommelhoff*, AcP 1992 (1992) 71, 102 f.

[37] Eine positive Beurteilung der Richtlinie findet sich, auch wegen ihres Integrationseffekts, allerdings bei *Norbert Reich*, Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht, NJW 1999, 2397.

[38] *Hommelhoff*, AcP 192 (1992) 71, 104; *Westermann* (Fn. 1) 81; besonders dezidiert zum Vorrang situativer Schutzkonzepte *Lieb*, AcP 183 (1983) 327, 355.

[39] *Claus-Wilhelm Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts, AcP 200 (2000) 273, 362.

[40] *Canaris*, AcP 200 (2000) 373, 362.

Bei der Prüfung der erforderlichen Konsolidierung ergibt sich also ein Für und Wider: Einem detailreichen Regelungsstil steht eine sich entwickelnde Dogmatik und eine teilweise Erprobung gegenüber. Trotz der aufgezeigten Bedenken spricht gerade der letztgenannte Gesichtspunkt dafür, das Vorhaben einer Integration nicht schon an dieser Stelle zu verwerfen. Geboten ist vielmehr eine Gesamtabwägung unter Berücksichtigung der weiteren für die Einfügung relevanten Aspekte, die in eine gesonderte Prüfung der Eignung der einzelnen Nebengesetze münden muss.

b) Ungelöste Wertungswidersprüche in den diversen Rechtsquellen des Vertragsrechts

Ein anderes ungelöstes Problem liegt in der derzeitigen Aufsplitterung des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs vertragsrechtlicher Vorschriften in eine Vielzahl verschiedener Varianten. Neben – oder zum Teil anstelle des BGB – sind die vertragsrechtlichen Vorschriften des HGB mit ihrer Anknüpfung an die Person des Kaufmanns (§§ 1 ff. HGB) und des Handelsgeschäfts (§§ 343 ff. HGB) zu beachten. Für die grenzüberschreitende Warenlieferung, soweit die Waren nicht erkennbar für den privaten Gebrauch bestimmt sind, gilt sachlich das UN-Kaufrecht (nach Maßgabe des Art. 1 UN-Kaufrecht). Die Vorschriften des Verbraucher-vertragsrechts (§ 1 I FernAbsG, § 1 I HaustürWG, § 1 I TzWrG, § 1 I VerbrKrG, jeweils für diese Gesetze als ganze; ferner § 24 a AGBG) knüpfen an den nur scheinbar personenbezogenen, tatbestandlich jedoch ebenfalls auf die Privatheit des Vertragszwecks abstellenden Verbraucherbegriff des § 13 BGB sowie den Unternehmerbegriff des § 14 BGB an.

Neben der beklagenswerten Vielzahl dieser Regelungsbereiche liegt eine inhaltliche Divergenz vor allem in der vom BGB, vom UN-Kaufrecht und von den Nebengesetzen abweichenden Anknüpfung des HGB an den Kaufmannsbegriff. Mit besonderer Schärfe zeigt sich dies in der den Unternehmensverkehr privilegierenden Bestimmung des § 24 AGBG. Ihre Anknüpfung an den Unternehmerbegriff überzeugt in sich. Aber das Festhalten des HGB am Kaufmannsbegriff stellt gegenüber § 24 a AGBG einen Wertungsbruch dar[41]. Sachliche Kriterien liegen dem allenfalls teilweise zugrunde: Dass beispielsweise Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater zu dem vor dem Kontokorrent des § 355 HGB geschützten Personenkreis gehören[42], ist ebenso wenig überzeugend wie der aus § 38 ZPO folgende besondere Schutz von Rechtsanwälten vor Gerichtsstandsvereinbarungen.

Diese Probleme werden durch die Integration der Nebengesetze in das BGB nicht begründet, treten aber schärfer hervor. Geht man davon aus, dass es bei dem unkoordinierten Nebeneinander der HGB-Unterscheidung einerseits und der Anknüpfung an das Gegensatzpaar Verbraucher/Nichtverbraucher im sonstigen Ver-

[41] Dazu bereits *Thomas Pfeiffer*, Vom kaufmännischen Verkehr zum Unternehmensverkehr, NJW 1999, 169.

[42] Dogmatisch handelt es sich allerdings ohnehin um eine zum Bürgerlichen Recht gehörige Rechtsfigur, siehe etwa *Horst Hammen*, in: Thomas Pfeiffer, Handbuch der Handelsgeschäfte, 1999, § 7, Rn. 3.

tragsrecht andererseits nicht bleiben kann, so könnte vorgebracht werden, dass nunmehr eine Lösung gewählt oder gar festgeschrieben wird, deren mangelnde Dauerhaftigkeit sich schon jetzt abzeichnet. Auf der anderen Seite steht fest, dass die Anknüpfung an Unternehmer und Verbraucher (von der im Grundsatz – bei Abweichungen im Detail – auch Art. 2 a) UN-Kaufrecht ausgeht)[43] zumindest im Bereich des Vertragsrechts jedenfalls im Grundsatz im Vergleich zur Differenzierung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten die sachlich geeignetere Grundunterscheidung darstellt und deshalb mit Recht im Vordringen begriffen ist. Insofern wird ein etwaiger Änderungsbedarf trotz der Handelsrechtsreform des Jahres 1998 eher das HGB als das BGB treffen. Auch wenn man sich den großen Wurf im Vertragsrecht wünschen mag, erscheint auch unter diesem Gesichtspunkt die Aufnahme der Nebengesetze in das BGB vertretbar.

3. Sonderprivatrecht und allgemeine Kodifikation

Das eigentliche Problem ist demgemäß ein inhaltliches: Sollten die auf Verbraucher zielenden Nebengesetze nach Inhalt und Zweck als ein dem BGB fremdes Sonderprivatrecht zu verstehen sein[44], verlieren sie diesen Charakter nicht dadurch, dass man ihren Standort in das BGB verlagert. Nun ist die mit dem Schlagwort „Sonderprivatrecht" aufgeworfene Problematik vielfach luzide analysiert worden und kann hier nicht entfaltet werden[45]. Geht man davon aus, dass die äußere Systematik der Rechtsordnung deren Wertungssystem widerspiegeln sollte, so kommt es aus der Fülle der Gesichtspunkte für eine Integration der Nebengesetze vor allem darauf an, ob diese nach ihrer normativen *Ratio* als Teil des Bürgerlichen Rechts anzusehen sind. Lässt man sich auf die im gegebenen Rahmen unvermeidliche Vereinfachung ein, so stehen sich zwei wesentliche Ansätze einer konzeptionellen Durchdringung der in den Nebengesetzen geregelten Materie gegenüber.

Ein erster Ansatz versteht sie als Ausdruck eines auf personale Ungleichgewichtslagen zielenden Sonderprivatrechts[46]. Ginge man von einem solchen Er-

---

[43] *Alexander Lüderitz, Anja Fenge*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band XIII, 13. Auflage, 2000, Art. 2 UN-Kaufrecht, Rn. 2ff.

[44] Grundlegend für eine sonderprivatrechtliche Konzeption des Verbraucherschutzes *Norbert Reich*, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, ZRP 1974, 187.

[45] Ohne Anspruch auf Vollständigkeit *Barbara Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts, 1983; *Meinrad Dreher*, Der Verbraucher als Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts, JZ 1997, 167; *Manfred Lieb*, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen, AcP 178 (1978) 198; ferner *ders.*, AcP 183 (1983) 327, 348ff.; *Westermann* (Fn. 1) 79ff. Wegen meines eigenen Standpunkts verweise ich – außerhalb der nachfolgenden Ausführungen – noch auf *Thomas Pfeiffer*, Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht, in: Hans Schulte-Nölke, Reiner Schulze (Hg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 1999, S. 21.

[46] Jüngst etwa *Peter Bülow, Markus Artz*, Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbrauchervertragsrechts im BGB, NJW 2000, 2049, 2049ff.

klärungskonzept aus, so könnte eine Integration in das auf der Gleichheit der Privatrechtssubjekte aufgebauten BGB *eo ipso* (und zwar – wie hier nicht eingehend dargelegt werden kann – auch dann, wenn man die Bürgschaftsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in die Betrachtung einbezieht[47]) als Wertungsbruch erscheinen. Dem steht eine im Vordringen begriffene – wenn man den in der Praxis am meisten verbreiteten Standardkommentar als Indikator nimmt, sogar herrschende – Konzeption des bislang in Nebengesetzen kodifizierten Verbrauchervertragsrechts als Bestandteil des allgemeinen Bürgerlichen Rechts gegenüber[48]:

a) Zugehörigkeit des sachlichen Regelungsgegenstands der Nebengesetze zum Bürgerlichen Recht

Ihrem sachlichen Regelungsgegenstand nach betreffen die in Rede stehenden Nebengesetze in den Vorschriften über die AGB-Eingangskontrolle und über die verbrauchervertraglichen Widerrufsrechte den Abschluss von Verträgen bzw. die Folgen etwaiger Abschlussmängel. Ferner behandeln die Nebengesetze Fragen der vorvertraglichen Information der Parteien. Weitere Regelungsgegenstände sind die Form (§§ 4, 6 VerbrKrG, 3 TzWrG) und die inhaltliche Wirksamkeit von Rechtsgeschäften bzw. einzelner Klauseln. Der im Verbraucherkreditgesetz und Fernabsatzgesetz geregelte Einwendungsdurchgriff betrifft eine Einschränkung bzw. Durchbrechung des bürgerlich-rechtlichen Prinzips der Relativität der Schuldverhältnisse.

Jedenfalls im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen streiten auch die *Principles of European Contract Law* (Fassung 1998) für die Zugehörigkeit zum allgemeinen Bürgerlichen Recht. Deren Art. 4:110 sieht als Teils des Rechts der Willensmängel eine erkennbar eng an Art. 3 I Richtlinie 93/13/EWG angelehnte Vorschrift[49] über die Anfechtbarkeit vorformulierter Vertragsklauseln im Falle ihrer Unvereinbarkeit mit Treu und Glauben vor. Dieser Befund unterstreicht in europäischer Perspektive die schon aus dem Inhalt des AGB-Gesetzes folgende Zugehörigkeit seines Regelungsgegenstands zum Bürgerlichen Recht. Zugleich muss die erkennbare Parallelität zwischen Art. 4:110 der *Principles of European*

[47] Wer die Bürgschaftsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (grundlegend BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36) nicht nur dem Ergebnis, sondern auch dem konzeptionellen Ansatz nach für zutreffend hält, wird das Vorliegen eines integrationshindernden Wertungsbruchs mit dem Hinweis bestreiten, dass auch das Bundesverfassungsgericht an das Vorliegen eines „strukturellen Ungleichgewichts" anknüpft und damit zumindest begrifflich eine ähnliche Konzeption zugrunde legt. Von einem solchen Standpunkt aus würde ein vom Ungleichgewichtsparadigma ausgehendes Richtlinienrecht nur auf einfachrechtlicher Ebene vollziehen, was ohnehin in Deutschland schon ein Prinzip verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung darstellt. Man muss indessen sehen, dass auch das Bundesverfassungsgericht richtigerweise an die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit anknüpfen will und die Formel vom strukturellen Ungleichgewicht nur eine missglückte Formel zur Typisierung der maßgebenden Fällen darstellt: richtig *Canaris*, AcP 200 (2000) 273, 296.

[48] *Rudolf Gärtner*, Zivilrechtlicher Verbraucherschutz und Handelsrecht, BB 1995, 1753; *Larenz/Wolf* (Fn. 21) § 1, Rn. 61; Palandt/*Heinrichs* (Fn. 35) Einleitung, Rn. 1.

[49] Zu diesem Befund *Wolf* (Fn. 19) 114.

Contract Law und Art. 3 I Richtlinie 93/13/EWG als Ausdruck des Umstands bewertet werden, dass die Richtlinien des Verbrauchervertragsrechts zum sich entwickelnden Kernbestand des Europäischen Privatrechts zählen[50].

Der sachliche Regelungsgegenstand der fraglichen Nebengesetze ist damit bürgerlich-rechtlicher Art.

b) Akzeptabilität eines situativen oder vertragsspezifischen Interessenschutzes

Der vorstehend getroffenen Feststellung entspricht es, dass die zu integrierenden Nebengesetze an situative oder aus dem Typus des Vertrags folgende Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers anknüpfen, wie sie dem BGB zwar nicht der Ausgestaltung, jedoch dem zugrunde liegenden Regelungsprinzip nach keineswegs fremd sind. Sie liegen im Bereich des AGB-Gesetzes vor allem in der einseitigen Vorformulierung bei mangelndem Konditionenwettbewerb; bei Haustürgeschäften in der Überrumpelung unter Ausschaltung des Marktvergleichs; beim Verbraucherkreditgesetz in der Komplexität des Vertragsverhältnis (Informationsobliegenheiten) sowie in der anthropologischen Erfahrung, dass der Mensch jedenfalls nicht nur *homo oeconomicus* ist, sondern sich mitunter gegen alle Vernunft durch die Verlockungen des geliehenen Geldes in Versuchung führen lässt (Widerrufsrecht)[51]; beim Fernabsatz in der mangelnden Möglichkeit, die Ware im vorhinein zu prüfen und bei Teilzeitwohnrechten in der Komplexität des Geschäfts. AGB-Inhaltskontrolle, Informationsobliegenheiten und Widerrufsrechte sind nichts anderes als ein Versuch, Entscheidungsfreiheit und die hierauf beruhende Richtigkeitsgewähr des Vertrags trotz dieser Beeinträchtigungen zu sichern[52]. Eine hiervon zu unterscheidende Frage ist es natürlich, ob dieser Versuch auch vollständig gelungen ist. Selbst wenn man dies hinsichtlich einiger Punkte bezweifeln mag: Entscheidend für die Frage der Integration ist, dass die richtig verstandene Maxime dieser Instrumente eine im BGB bereits vorhandene ist. Ihre deutliche Aufwertung, nicht aber ein Wertungsbruch ist insofern zu konstatieren.

c) Vereinbarkeit der Anknüpfung an den Verbraucher mit dem liberalen Ideal der Rechtsgleichheit

Die Anknüpfung an die Person des Verbrauchers (§ 1 I FernAbsG, § 1 I HaustürWG, § 1 I TzWrG, § 1 I VerbrKrG, jeweils für diese Gesetze als ganze, sowie § 24 a AGBG) hat vor dem dargestellten Hintergrund negative Funktion. Sie dient allein dem Zweck, die Anwendung der genannten Schutzmechanismen bei Nichtverbrauchern auszuschließen, da diese bei typisierender Betrachtungsweise eines

[50] *Pfeiffer* (Fn. 45) 21 ff.

[51] *Pfeiffer* (Fn. 45) 31.

[52] *Pfeiffer* (Fn. 45) 30; eingehend *Josef Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 206 ff.; zu den Informations- und Widerrufsrechten auch *Claus-Wilhelm Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: Peter Badura, Rupert Scholz, Wege des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 873, 887; *Wolf* (Fn. 19) 114 ff., 118 ff.

solchen Schutzes nicht bedürfen und – möglicherweise vor allem – eine Anwendung den Erfordernissen des auf zügige und standardisierte Abwicklung gerichteten Unternehmensverkehrs widerspräche[53]. Der Verbraucher ist auf dieser Grundlage nichts anderes als der allgemeine BGB-Bürger, während für Nichtverbraucher andere, besondere Regeln gelten. Die Anwendung des Verbrauchermerkmals sollte daher nicht als Ausdruck eines sonderprivatrechtlichen Regelungsgedankens missverstanden werden, sondern beruht auf der pragmatischen Erkenntnis, dass gegenwärtig ein besser geeignetes Kriterium zur notwendig pauschalierenden und typisierenden Bestimmung des in die fraglichen Mechanismen einzubeziehenden Personenkreises nicht bekannt ist[54].

So verstanden, trifft also die im Schrifttum artikulierte These zu, dass „jedermann" Verbraucher ist und die an Verbraucherstellung anknüpfenden Regelungen kein nur für einen bestimmten Personenkreis geltendes Sonderrecht, sondern allgemeines Bürgerliches Recht darstellen[55]. Auch die Anknüpfung an die Figur des Verbrauchers spricht mithin nicht gegen eine Aufnahme in das BGB[56].

d) Anknüpfung an den Unternehmer als Zumutbarkeitskriterium

Die größeren Schwierigkeiten werden dadurch aufgeworfen, dass jedenfalls die auf EG-rechtliche Vorgaben zurück gehenden nebengesetzlichen Regelungen einen Vertrag eines Verbrauchers mit einem Unternehmer im Sinne des § 14 BGB voraussetzen und insbesondere nicht für Verträge zwischen Verbrauchern gelten (§§ 24 a AGBG, § 1 I FernAbsG, § 1 I HaustürWG, § 1 I TzWrG, § 1 I VerbrKrG)[57].

Damit scheint ein an der Art der Tätigkeit festgemachtes Ungleichgewicht als Kriterium für das Eingreifen der nebengesetzlichen Schutzmechanismen zu gelten, wohingegen es für die richtigerweise maßgebende situative Beurteilung nicht auf irgendein Gleichgewicht oder Ungleichgewicht, sondern allein auf das Vorliegen einer hinreichend gewichtigen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers ankommen kann[58]. Diese konzeptionellen Bedenken verlieren indes an Gewicht, wenn man die Einschränkung auf Gewerbetreibende auf andere pragmatische und mit dem BGB kompatible Gründe stützt: Sie liegen darin, dass man die in unseren Nebengesetzen vorgesehenen weitreichenden Informationsobliegenheiten und die komplexen Anforderungen an die richtige Formulierung von Widerrufsbelehrungen dem Verbraucher nicht zumuten will und richtigerweise auch kaum kann. Anders verhält es sich, wenn sich der Verbraucher des professio-

---

[53] Den letztgenannten Gesichtspunkt als eigentlichen Grund für das strengere Recht des HGB für Kaufleute identifizierend *Lieb*, AcP 183 (1983) 327, 356.

[54] Treffend *Canaris*, AcP 200 (2000) 273, 360: „... mag dieses Kriterium angehen, bis vielleicht einmal ein besseres gefunden wird."

[55] *Gärtner*, BB 1995, 1753; *Larenz/Wolf* (Fn. 21) § 1, Rn. 61; Palandt/*Heinrichs* (Fn. 35) Einleitung, Rn. 1.

[56] Vgl. auch *Canaris*, AcP 200 (2000) 273, 360.

[57] Hierauf weist mit Recht *Canaris*, AcP 200 (2000) 273, 361, hin.

[58] So konzeptionell zutreffend *Canaris*, AcP 200 (2000) 273, 278; *Wolfgang Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996) 1, 28.

nellen Instruments des Formularvertrags bedient und diesen bei Vertragsschluss stellt, so dass es nur konsequent ist, ihn als AGB-Verwender zu behandeln. Hingegen schlägt in den Fällen des § 24 a AGBG – obschon das Schutzbedürfnis des Verbrauchers gegenüber einer vorformulierten Individualklausel, auf die er aufgrund der Vorformulierung keinen Einfluss nehmen kann (Art. 3 I u. II Richtlinie 93/13/EWG), nicht von der Person des Vertragspartners abhängt – wiederum das bereits genannte Zumutbarkeitskriterium durch: Als zivilrechtskompatible *Ratio* der Anknüpfung an den Unternehmer in § 24 a AGBG kann man es ansehen, dass einem Gewerbetreibenden im Falle einer Individualklausel, sofern sie vorformuliert ist, eher zugemutet werden kann, sich auf die sehr komplexen Anforderungen des AGB-Rechts einzustellen. So verstanden, ist die Anknüpfung an die Person des Unternehmers im Sinne des § 14 BGB in § 24 a AGBG und weiteren nebengesetzlichen Vorschriften formal strengeres Recht für Unternehmer und damit Ausdruck eines dem HGB für Kaufleute vielfach bekannten Regelungsprinzips.

Zwar mag es also in einem subjektiven Sinne vertretbar sein, von einem Sonderprivatrecht zu sprechen[59]. Ausschlaggebend für die Bewertung der Integration in das BGB ist indessen, dass das allgemeine Bürgerliche Recht seinem *sachlichen* Regelungsgehalt nach den Anspruch erhebt, grundsätzlich auch für Unternehmensgeschäfte passende Bestimmungen bereit zu halten. Das BGB ist stets ein anerkannter Standort für solche besonderen Regelungen gewesen, die eine Person (außerhalb des für den „Kaufmannsstand" geltenden HGB) lediglich im Rahmen ihres unternehmerischen Handelns treffen[60]. Dies zeigen seit jeher z. B. § 270 II BGB, §§ 585 ff. BGB, § 663 BGB, §§ 701 ff. BGB, § 833 S. 2 BGB und § 998 BGB. Auch § 112 BGB ist anzuführen[61]. Schließlich kann auch § 196 BGB genannt werden, wenngleich die Vorschrift im Hinblick auf die Geltung für Kaufleute in § 196 I Nr. 1 BGB atypisch erscheint. Der spätere Gesetzgeber hat § 549 a BGB, §§ 651 a ff. BGB, § 661 a BGB und (weniger gelungen) §§ 675 a ff. BGB hinzugefügt. An der aus ihrem Regelungsgegenstand folgenden sachlichen Zugehörigkeit der nebengesetzlichen Normen zum Bürgerlichen Recht ändert sich deshalb durch die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Verträge mit Unternehmern nichts.

Dass einer Integration in das BGB strukturell inkompatible sonderprivatrechtliche Regelungsprinzipien entgegen stünden, lässt sich also insgesamt nicht feststellen.

---

[59] Ähnlich *Canaris*, AcP 200 (2000) 273, 361; *Peter Hommelhoff*, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts, 1996, S. 4, Fn. 18.

[60] Deshalb trifft die These von *Lieb*, AcP 183 (1983) 327, 357, zu, dass das HGB nicht im materiellen Sinne ein Sonderprivatrecht darstelle.

[61] Zwar ähnelt die Vorschrift ihrer Wirkung nach einer auch gegenüber Privaten möglichen Generaleinwilligung, jedoch unterscheidet sie sich von dieser dadurch, dass sie zu einer unbeschränkten Geschäftsfähigkeit führt, etwa *Helmut Köhler*, Allgemeiner Teil des BGB, 24. Auflage, 1998, § 17, Rn. 34, weshalb insbesondere eine inhaltliche Einschränkung der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters anders als im Falle des § 113 II BGB nicht möglich ist, *Wolfgang Hefermehl*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band II, 13. Auflage, 1999, § 112 BGB, Rn. 4.

4. Zwischenfazit

Der Befund bleibt gleichwohl ein in hohem Maße wertungsabhängiger: Auf der Ebene der Rechtssetzungskultur besteht zwischen dem abstrakt generalisierenden Gesetzgebungsstil des BGB und der sich in den Nebengesetzen widerspiegelnden Detailfreudigkeit des zugrunde liegenden Richtlinienrechts eine nicht vollständig aufhebbare Divergenz. Die Frage ist also, ob die Integration andere Vorteile von höherem Gewicht aufweist.

Folgt man der These von der Zugehörigkeit des in den Nebengesetzen kodifizierten Verbraucherrechts zum Bürgerlichen Recht, so spricht für eine Integration, dass sie den Einklang zwischen dem inneren und äußeren System der Zivilrechtsordnung verbessern kann. Trotz dieses Befunds allgemeiner Kompatibilität bleibt die mit der Integration in das BGB verbundene Akzentverschiebung zu konstatieren. Sie liegt darin, dass man die bisherige Rechtslage als Ausdruck eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses deuten kann. Das allgemeine Prinzip der Vertragsfreiheit des BGB trifft auf Regelungen, deren Standort sie als Ausnahme für besondere Fälle auswies. Nun wird ihnen der Rang des Allgemeinen zuerkannt. Eine Änderung des für das BGB maßgebenden interpretativen Leitbilds[62] braucht allerdings dann nicht besorgt zu werden, wenn man konsequent von dem hier zugrunde gelegten zivilrechtlichen Verständnis des Verbraucherschutzes ausgeht. Für ein solches Verständnis spricht zukünftig vor allem der Gesichtspunkt, dass es allein in der Lage ist, die in das BGB einzufügenden Nebengesetze mit dessen Prinzipien auf eine gemeinsame Leitidee hin auszurichten.

Die Nachteile einer Nichtintegration wiegen überdies langfristig schwer. Angesichts des mit der Vielzahl der Nebengesetze verbundenen Ordnungs- und Transparenzverlusts, wird der Gesetzgeber zu irgendeiner Form der Zusammenfassung kommen müssen. Entscheidet er sich gegen die Einfügung der Nebengesetze in das BGB, so kommt als Alternative praktisch nur die Schaffung eines eigenständigen Verbraucherschutzgesetzes in Frage. Legt man das Postulat der Übereinstimmung von innerem und äußerem System des Gesetzes zugrunde, so kann die Forderung nach der Schaffung eines eigenständigen Verbraucherschutzgesetzes indessen nur dann überzeugen, wenn man das Verbraucherrecht als von dem Bürgerlichen Recht zu unterscheidendes Sonderprivatrecht konzipiert. Wer die Schaffung eines separaten Verbraucherschutzgesetzes fordert, plädiert damit – gewollt oder ungewollt – für eine stärkere Abkoppelung dieses Rechtsgebiets von Inhalt, System und Entwicklung des Bürgerlichen Rechts[63].

Dies gilt umso mehr deshalb, weil es nicht allein in deutscher Hand liegt, welches Verständnis des Verbraucherrechts wir zugrunde legen müssen. Vielmehr wird diese Problematik in hohem Maße durch die EU bestimmt. In europäischer Perspektive konkurriert das hier skizzierte zivilrechtliche Verständnis des Ver-

---

[62] Dazu *Lieb*, AcP 183 (1983) 327, 353.

[63] Vgl. zur Gefahr des „Abdriftens" von Rechtsgebieten bei separater Regelung *Lieb*, AcP 183 (1983) 327, 331.

braucherrechts mit einem Konzept, das verbraucherrechtliche Regelungen einem wirtschaftsregulierenden Sonderrecht zuordnet[64]. Welchen Weg das EG-Recht *à la longue* in diesem Spannungsverhältnis einschlagen wird, dürfte noch nicht abschließend feststehen[65]. Die Verlagerung der deutschen Transformationsnormen der Richtlinien des Verbrauchervertragsrechts in das Bürgerliche Gesetzbuch ist ein Mittel, das Gewicht eines zivilrechtlichen Verständnisses des Verbraucherrechts zu verstärken, jedenfalls aber wird sie über Deutschland hinaus ein Signal sein, das die spezifischen Wertungszusammenhänge zwischen Bürgerlichem Recht und Verbraucherrecht stärker in das europäische Blickfeld rückt.

Soweit diese allgemeinen Überlegungen ein Fazit erlauben, so lautet dieses: Eine Integration der Nebengesetze in das BGB zum gegenwärtigen Zeitpunkt, ist weder zwingend noch inakzeptabel. Vorteile liegen in der Entfragmentarisierung des Vertragsrechts und in einem verstärkten Hinweiseffekt auf das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung der gesamten Rechtsordnung. Im Vergleich zu dem Risiko unerwünschter Einflüsse der Vorschriften für Verbraucherverträge auf das sonstige Zivilrecht überwiegt die Chance eines umgekehrten Effekts. Für die Integration spricht vor allem, dass sie die besseren Voraussetzungen dafür bietet, dass die zukünftige Entwicklung des Verbraucherrechts von zivilrechtlichen Prinzipien geprägt sein wird.

Insgesamt erscheint also eine – nicht notwendig die vorgeschlagene – Integration der Nebengesetze grundsätzlich als wünschenswert. Welche der Nebengesetze sich dafür eignen und wie sie vorzunehmen ist, bedarf gesonderter Prüfung.

V. Die Integration der einzelnen Gesetze

1. AGB-Gesetz

a) Allgemeines

Der Ursprung der AGB-Inhaltskontrolle als dem Kernstück des AGB-Gesetzes liegt bekanntlich in einer zu § 242 BGB entwickelten Rechtsprechung. Neben diesem Ursprung aus dem BGB heraus gehört auch sein sachlicher Regelungsgehalt zum Bürgerlichen Recht. Die Maßgaben der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln gehören zu den Regelungen über das Zustandekommen von Rechtsgeschäften und über deren inhaltliche Wirksamkeit bzw. Teilwirksamkeit. Seiner Terminologie und seinen rechtlichen Kategorien nach lehnt es sich eng an das BGB an. In europäischer Perspektive stehen diese Aspekte im Einklang mit den *Principles of European Contract Law*[66]. Gerade der letztgenannte Gesichts-

[64] Vgl. z.B. *Norbert Reich*, Europäisches Verbraucherrecht, 3. Auflage, 1996, etwa S. 27ff.; vermittelnd *Jean Calay-Auloy, Frank Steinmetz*, Droit de la consommation, 4. Auflage, 1996, S. 14, Rn. 15.

[65] So auch die Einschätzung bei *Staudenmayer*, RIW 1999, 733, 736ff.

[66] Oben Fn. 19.

punkt ist deshalb von Bedeutung, weil Art. 4:110 der *Principles* nicht etwa an das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen anknüpft, sondern lediglich eine vorformulierte und deshalb nicht im Einzelnen ausgehandelte Vertragsklausel verlangt, was dem sachlichen Anwendungsbereich nach mit § 24 a AGBG übereinstimmt[67]. Die aus Ursprung und Inhalt folgende Zugehörigkeit zum Bürgerlichen Recht spiegelt sich im wissenschaftlichen Schrifttum folgerichtig wider und kann im Einklang mit einer ganz herrschenden Meinung bejaht werden[68].

Im Hinblick auf die ferner vorauszusetzende hinreichende Konsolidierung kann festgestellt werden, dass das AGB-Gesetz zu den anerkanntermaßen gelungensten legislatorischen Akten der jüngeren Zivilrechtsgesetzgebung gehört. Dieser grundsätzlich positive Befund wird auch durch gelegentliche Kritik an einzelnen Aspekten nicht in Frage gestellt. Die enorme praktische Bedeutung des Gesetzes hat zudem zu einem reichhaltigen Erfahrungsfundus geführt, mit dem eine intensive wissenschaftliche Durchdringung einher gegangen ist[69].

Zu fragen ist allenfalls noch, ob das AGBG inzwischen als derart verfestigter selbständiger Bestandteil der Rechtsordnung anzusehen ist, dass eine Einfügung in das BGB als unnötiger Bruch mit der historischen Entwicklung gedeutet werden müsste. Falls nämlich eine bestimmte Materie über lange Zeit hinweg ohne erkennbare Unzuträglichkeiten außerhalb des BGB geregelt war, kann dies gegen die Notwendigkeit einer Integration sprechen[70]. Hinsichtlich des AGBG lässt sich nun in der Tat zwar feststellen, dass dessen rechtliche Selbständigkeit seinem Erfolg nicht entgegenstand. Jedoch kann die Einfügung in das BGB schon deshalb nicht als historischer Bruch eingeordnet werden, weil das AGB-Recht bis zur Schaffung des AGBG allein durch das BGB bestimmt war. Außerdem lassen sich gewisse Unzuträglichkeiten nicht verkennen, die vor allem in der gelegentlich mangelnden Abstimmung der bürgerlich-rechtlichen Wirksamkeitsgrenze für Rechtsgeschäfte nach § 138 BGB (mit der regelmäßigen Folge der Totalnichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach § 139 BGB) mit der Grenze des § 9 AGBG für Formular-

---

[67] Die allgemeine bürgerlich-rechtliche Akzeptabilität dieses sachlichen Anwendungsbereichs hängt aber von einer hinreichend engen Interpretation dieses Merkmals ab, dazu *Wolf* (Fn. 19) 115 ff.

[68] Hierzu sei lediglich angeführt, dass die Standardlehrbücher zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts auf einen eingehenden Abschnitt zum AGB-Recht nicht verzichten, siehe ohne Anspruch auf Vollständigkeit *Wolfgang Brehm*, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Auflage, 2000, Rn. 547 ff.; *Hans Brox*, Allgemeiner Teil des BGB, 24. Auflage, 2000; *Ulrich Eisenhardt*, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Auflage, 1997, Rn. 166 ff.; *Helmut Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 24. Auflage, 1998, § 23, Rn. 1 ff.; *Larenz/Wolf* (Fn. 21) § 43, Rn. 1 ff.; *Dieter Medicus*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, 1997, § 27, Rn. 394 ff., § 28, Rn. 421 ff.; *Hans-Martin Pawlowski*, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Auflage, 2000, Rn. 457 ff.

[69] Zusammenfassende Würdigung jüngst bei *Manfred Wolf*, Vertragsfreiheit und Vertragsrecht im Lichte der AGB-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Claus-Wilhelm Canaris u.a. (Hg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band I, 2000, S. 111 ff.

[70] *Lieb*, AcP 183 (1983) 327, 331.

klauseln (mit den von § 139 BGB abweichenden Folgen des § 6 AGBG) liegen[71]. Eine die Einfügung in das BGB ausschließende historische Verselbständigung lässt sich also nicht feststellen.

Hat man die Grundentscheidung für eine Integration von Nebengesetzen in das BGB getroffen, so ist die Einbeziehung des AGB-Gesetzes also konsequent.

b) Standort

Das AGB-Gesetz erfasst nach der bisherigen Praxis zwar überwiegend schuldrechtliche Verträge. Es gilt aber auch für Verträge auf dem Gebiet des Sachenrechts[72] und kann zumindest entsprechend angewandt werden auf einseitige Rechtsgeschäfte, die mit einer vertraglichen Beziehung im Zusammenhang stehen[73], vorvertragliche Rechtsverhältnisse[74], oder die verfahrensrechtlich zu qualifizierende Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung[75]. Die Positionierung des gesamten AGB-Rechts im Bereich des Allgemeinen Schuldrechts (§§ 309ff. BGB-DiskE) entspricht diesem weiten Anwendungsbereich nicht. Vielmehr ist grundsätzlich von einer Zugehörigkeit zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts auszugehen, die sich folgerichtig im wissenschaftlichen Schrifttum widerspiegelt[76].

Zwar ist keinerlei Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass der Entwurf mit dem gewählten Standort eine Einschränkung des Anwendungsbereichs auf Schuldverträge bewirken will. Da Rechtsprechung und Lehre dies kaum anders beurteilen werden, würde sich also praktisch nichts ändern. Dies gilt umso mehr, als bereits die jetzige Gesetzesfassung in § 1 AGBG nur von Verträgen spricht, ohne dass dies einer im gebotenen Maße darüber hinausgehenden Anwendung entgegengestanden hätte. Als Rechtfertigung taugt diese Feststellung freilich nicht. Der Gesetzgeber sollte nicht bewusst das Falsche tun, in der Hoffnung, dass andere daraus das Richtige machen werden.

c) Verbraucherrechtliche Sonderabschnitte oder systematische Integration

Ordnet man die Nebengesetze dem allgemeinen Bürgerlichen Recht zu, so muss – wie schon das Gutachten von *Westermann* eingehend begründet[77] – diese Zugehörigkeit bei einer Integration möglichst konsequent beachtet werden. Ein verbraucherrechtlicher oder AGB-rechtlicher Sonderabschnitt ist mit dieser Leitidee unvereinbar und mithin unerwünscht. Zumindest die Definition des AGB-Begriffs und

---

[71] Paradigmatisch die Kontroverse um Freigabeanspruch und Freigabeklauseln bei Globalsicherheiten, die erst durch den Großen Senat beendet wurde: BGHZ 137, 212 = NJW 1998, 671 = LM, § 138 BGB (Bb), Nr. 86 mit Anmerkung *Rolf Stürner*.

[72] Grundlegend *Manfred Wolf*, Inhaltskontrolle von Sicherungsgeschäften, in: Wolfgang Grunsky u.a. (Hg.), Festschrift für Fritz Baur, 1981, S. 147ff.

[73] BGHZ 141, 124 = NJW 1999, 1864.

[74] BGHZ 133, 284 = NJW 1996, 2574.

[75] BGH NJW 1987, 905 (906).

[76] Zur Zugehörigkeit des AGB-Rechts zum Allgemeinen Teil siehe Fn. 68.

[77] *Westermann* (Fn. 1) 67ff.

die Regelungen über die Einbeziehungskontrolle, bei denen es sich um Spezialregelungen zu den § 145 ff. BGB handelt, müssen in den Allgemeinen Teil aufgenommen werden. Außerdem sind die Klauseltatbestände der bisherigen §§ 10 und 11 AGBG aufzulösen und als flankierender Schutz den diversen Vorschriften des BGB zuzuordnen. § 9 AGBG hat seinen richtigen Platz also entweder im Allgemeinen Teil bei § 138 oder § 157 BGB, hilfsweise im Allgemeinen Schuldrecht bei § 242 BGB. § 11 Nr. 7 AGBG gehört zu § 276 BGB und § 11 Nr. 10 AGBG ins kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, auf das sodann das Werkvertragsrecht verweisen kann.

Gegen eine solche Gesetzgebungstechnik lässt sich zwar anführen, dass die abschnittsweise Übernahme des AGBG durch den Entwurf, AGB-rechtlich gesehen, übersichtlicher ist. Diese AGB-rechtliche Übersichtlichkeit wird aber erkauft durch eine bürgerlich-rechtliche Unübersichtlichkeit, der ab dem Zeitpunkt einer Integration das höhere Gewicht beizumessen ist. Die AGB-rechtliche Übersichtlichkeit beruht demgegenüber im Kern auf bloßer Gewohnheit, deren Berechtigung auch deshalb nicht überbewertet werden darf, weil sich die Praxis im Falle einer Integration ohnehin neu wird zurecht finden müssen. Demgegenüber ist in bürgerlich-rechtlicher Perspektive der Zeitpunkt der Integration derjenige der Weichenstellung; wenn man dem Modell einer an der Systematik des BGB orientierten Integration folgt, so muss diese von Beginn an gewählt werden. Hat sich das Modell eines besonderen Abschnitts erst einmal verfestigt, so wird es dabei wohl bleiben.

Zudem weist der vorgeschlagene Sonderabschnitt einen weiteren Nachteil auf, der bei Zugrundelegung des hier vorgeschlagenen Integrationsmodus vermieden würde. Offenbar um mit dem „freien Platz" im Allgemeinen Schuldrecht auszukommen, sollen nach dem Diskussionsentwurf wesentliche Vorschriften des AGBG ihre Selbständigkeit verlieren. Die im bisherigen § 1 AGBG erfolgte AGB-Definition findet sich in § 309 III BGB-DiskE wieder, der beide Absätze des § 1 AGBG zusammenfasst und an den bisherigen § 2 AGBG anhängt. Die Regelung des Vorrangs der Individualvereinbarung (§ 4 AGBG) wurde als § 309 IV BGB-DiskE beigefügt. Die bislang ebenfalls selbständigen Bestimmungen zu überraschenden Klauseln (§ 3 AGBG) und zur Auslegung bei Unklarheit (§ 5 AGBG) fungieren als Absätze I und II des § 310 BGB-DiskE. Die eine Inhaltskontrolle erst eröffnende Norm des jetzigen § 8 AGBG kehrt nunmehr als Anhang des § 9 AGBG (§ 311 I und II BGB-DiskE) in § 311 III BGB-DiskE wieder.

Diese Regelungstechnik ist nicht geeignet, zur besseren Übersichtlichkeit des Gesetzes beizutragen[78]. Das hängt zunächst mit der Zusammenfassung als solcher zusammen. Ferner ist einzuwenden, dass zum Teil unterschiedliche Regelungsgegenstände in einer Vorschrift zusammengefasst werden (die den Konsens betreffende Bestimmung des § 3 AGBG mit der Auslegungsregel des § 5 AGBG). In doppelter Hinsicht unglücklich erscheint die Hintanstellung des bisherigen § 8

[78] Auf diesen auf dem Regensburger Symposium von mir aus Zeitgründen nicht vorgetragenen Aspekt hat in der Diskussion *Peter Ulmer* nachdrücklich hingewiesen.

AGBG (§ 311 III BGB-DiskE) gegenüber dem bisherigen § 9 AGBG (§ 311 I und II BGB-DiskE). Einmal ist die Prüfung des § 309 III BGB-DiskE gegenüber § 311 I und II BGB-DiskE logisch vorrangig. Zum anderen fungiert § 311 III BGB-DiskE entgegen seiner systematischen Stellung nicht nur für § 311 I und II BGB-DiskE, sondern auch für die §§ 312, 313 BGB-DiskE als Eingangsnorm, was durch einen entsprechenden Zusatz im Wortlaut des § 311 III BGB-DiskE ausgeglichen werden musste. Schließlich widerspricht die Vermengung der für sämtliche AGB-Fragen relevanten Definitionsnorm des § 1 AGBG mit der besonderen Konsensproblematik des § 2 AGBG und der vertragssystematischen Auslegungsregel des § 4 AGBG[79] durch § 309 BGB-DiskE der systematisch zu trennenden Funktion dieser Vorschriften.

Zusammenfassend ist also festzustellen, dass dem Diskussionsentwurf eine überzeugende Ordnung des AGB-Rechts nicht in hinreichendem Maße gelungen ist. Auch unter diesem Gesichtspunkt verdient die gewählte Einfügung als AGB-rechtlicher Sonderabschnitt keine Zustimmung.

d) Bereichsausnahmen im Allgemeinen Teil und im Allgemeinen Schuldrecht

Die in § 23 I AGBG geregelten sachlichen Bereichsausnahmen haben den Einwand hervorgerufen, die Regelungen des AGBG genügten dem allgemeinen Geltungsanspruch des Allgemeinen Teils oder des Allgemeinen Schuldrechts nicht[80]. Dieser Einwand ist insofern relevant, als dem Allgemeinen Teil und dem Allgemeinen Schuldrecht bislang Regelungen der jetzt in § 314 a III BGB-DiskE vorgeschlagenen Art fremd sind und deren Funktion widerstreiten könnten.

Allerdings ist zu konstatieren, dass schon bislang keineswegs sämtliche Bestandteile des Allgemeinen Teils und des Allgemeinen Schuldrechts in den folgenden Büchern gleichmäßig zur Anwendung kommen. Vielmehr kennt das BGB die Regelungstechnik, die Geltung einzelner Vorschriften oder Abschnitte des Allgemeinen Teils oder des Allgemeinen Schuldrechts durch besondere Bestimmungen für bestimmte Institute des Bürgerlichen Rechts vollständig auszuschließen. So werden die Irrtumsregeln der §§ 119ff. BGB bei letztwilligen Verfügungen vollständig durch die §§ 2078ff. BGB verdrängt[81], ohne dass dies deren Zugehörigkeit zum Allgemeinen Teil ernsthaft in Frage stellen würde. Eine andere Regelungstechnik besteht darin, Rechtsinstitute so zu fassen, dass sie aufgrund ihres spezifischen Inhalts in bestimmten Büchern des BGB nicht oder nur ausnahmsweise vorkommen; als Beispiel ist der gegenseitige Vertrag der §§ 320ff. BGB anzuführen, den es im Sachenrecht nicht gibt, der im Familien- und Erbrecht allenfalls

[79] Zur Qualifikation als Auslegungsregel etwa Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer* (Fn. 26) § 4, Rn. 1; vgl. auch *Walter Lindacher*, in: Manfred Wolf, Norbert Horn, Walter F. Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Auflage, 1999, § 4, Rn. 6.

[80] *Ulrich Huber*, Kaufrecht, in: Bundesminister der Justiz (Hg.) – Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, 1981, S. 911, 937.

[81] *Karl-Georg Loritz*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band IX, 12. Auflage,1992, § 2078, Rn. 5.

ausnahmsweise vorkommt[82], dessen Regeln im Gesellschaftsrecht nur zum Teil angewandt werden[83] und im Arbeitsrecht in erheblichem Umfang durch eine von der Rechtsprechung entwickelte Betriebsrisikolehre verdrängt werden, wiederum ohne dass den fraglichen Vorschriften die Berechtigung ihres Standorts abgesprochen wird.

Um zu klären, inwieweit damit ein möglicher Weg zu einer Integration des § 23 I AGBG gewiesen wird, ist allerdings ein kurzer Blick auf die genannten Ausnahmebereiche erforderlich.

Für das Arbeitsrecht ist zunächst festzustellen, dass dort weithin eine offene Inhaltskontrolle vorformulierter Arbeitsverträge praktiziert wird, die sich in weitem Umfang an den auch dem AGBG zugrunde liegenden Wertungsmaßstäben orientiert. Probleme werden dort vor allem insoweit gesehen, als zum einen die Klauselverbote der §§ 10 und 11 AGBG zum Teil für das Arbeitsrecht nicht passen[84] und zum anderen ein Bedürfnis für eine Inhaltskontrolle über die Fälle der Formularverträge hinaus artikuliert wird[85]. Der Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht hatte zum 59. Deutschen Juristentag eine an die §§ 4, 5, 6 und 9 AGBG fast wörtlich angelehnte Regelung vorgeschlagen[86]; der Juristentag ist dem freilich nicht gefolgt.

Auf den Gebieten des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts lässt sich aus den bekannten Gründen weder ein generelles Bedürfnis für die Anwendung des AGB-Gesetzes erkennen, noch passen die vornehmlich für Schuldverträge konzipierten Regelungen dieses Gesetzes hier. Eine Anwendung des AGB-Gesetzes oder hieran angelehnter Grundsätze wird nur für Teilbereiche wie den Erbschaftskauf[87] oder etwa die Gesellschaftsverträge bei der Publikums-KG befürwortet[88].

---

[82] Soweit es um den erbrechtlichen Inhalt von Geschäften geht, handelt es sich regelmäßig um Verfügungsgeschäfte, so dass als synallagmatischer Vertrag typischerweise nur das zugrunde liegende schuldrechtliche Kausalgeschäft in Frage kommt, vgl. etwa BGHZ 134, 152 = NJW 1997, 635.

[83] Überblick bei *Hartwig Sprau*, in: Palandt (Fn. 35) § 705 BGB, Rn. 13.

[84] BAG NJW 1985, 92: Unanwendbarkeit des § 11 Nr. 6 AGBG im Arbeitsrecht.

[85] Etwa *Ulrich Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 250 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer* (Fn. 26) § 23, Rn. 4.

[86] Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht, Welche wesentlichen Inhalte sollte ein nach Art. 30 des Einigungsvertrags zu schaffendes Arbeitsvertragsgesetz haben, Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentags in Hannover, 1992, Band I (Gutachten), S. D 26 f.: Vorschlag für §§ 20 und 23 eines Arbeitsvertragsgesetzes.

[87] *Ursula Stein*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band III, 12. Auflage,1991, § 23 AGBG, Rn. 7; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer* (Fn. 26) § 23, Rn. 14; grundsätzlich auch *Norbert Horn*, in: Wolf/Horn/Lindacher (Fn. 79) § 23, Rn. 52; a.A. Palandt/*Heinrichs* (Fn. 35) § 23 AGBG, Rn. 2.

[88] Eingehend *Stephanie Schäfer*, in: Friedrich Graf v. Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Publikums-KG, Stand: 8. Ergänzungslieferung 1999. Ein weiterer Problemkreis wird durch Abreden über Waren oder Dienstleistungen gebildet, welche die Gesellschaft an ihre Gesellschafter liefert bzw. diesen erbringt. Diese Abreden werden lediglich dann von der Ausnahmeregelung des § 23 AGBG erfasst, wenn sie auf dem Gesellschaftsvertrag beruhen, mitgliedschaftlicher Art sind und der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks dienen, vgl. BGHZ 103, 219 = NJW 1988, 1729; BGH NJW-RR 1992, 379 = LM, § 23

Diesem kurzen Blick auf die Ausnahmebereiche des § 23 I AGBG ist zu entnehmen, dass die Rechtsgedanken des AGB-Gesetzes hier keineswegs vollständig obsolet sind, sondern innerhalb ihrer spezifischen, aber sehr beschränkten Reichweite durchaus Geltung beanspruchen. Wollte man die Reichweite AGB-rechtlicher Prinzipien in den fraglichen Ausnahmebereichen kodifizieren, so könnte man bereichsspezifische Sondervorschriften schaffen, wie sie § 24 AGBG für den Unternehmensverkehr vorsieht. Hiervon ist aber schon deshalb abzuraten, weil es – abgesehen vom Bereich des Arbeitsrechts, in dem die Argumente (allerdings ohne zum Konsens zu führen) wohl ausgetauscht sind – hierfür weiterer Vorarbeiten bedürfte, die im zeitlichen Rahmen der Schuldrechtsreform nicht zu leisten sind. Im Übrigen schließt es die bisherige Erfahrung zumindest außerhalb des Arbeitsrechts nicht aus, dass die Frage einer ausnahmsweisen Inhaltskontrolle der Rechtsprechung überlassen bleiben kann. Schließlich ist auf den beschränkten Rahmen dieses Beitrags hinzuweisen, in dem die komplexen Fragen einer Regelung der Inhaltskontrolle in den Ausnahmebereichen des § 23 I AGBG nicht aufgearbeitet werden können. Deshalb muss es an dieser Stelle bei der Prämisse einer (im Falle der AGBG-Integration) den Wirkungen nach unveränderten Überführung des § 23 I AGBG in das BGB bleiben. Sie ist inhaltlich vertretbar, weil der Blick auf die genannten Ausnahmebereiche bestätigt hat, dass § 23 I AGBG nicht als Ausdruck mangelnder Verallgemeinerbarkeit der Rechtsgedanken des AGBG anzusehen ist.

Geht man von dieser Prämisse aus, so bleibt die Ebene des gesetzestechnischen: Hier würde dem aus § 23 I AGBG hergeleiteten Einwand entsprochen, wenn man an Stelle des § 23 I AGBG bereichsspezifische Ausnahmeregelungen in die §§ 611 ff. BGB, die §§ 705 ff. BGB sowie das Familien- und Erbrecht einfügte. Mit einer solchen Aufspaltung des bisherigen § 23 I AGBG in vier dezentrale bereichsspezifische Einzelregelungen, die in gleicher Weise die Unanwendbarkeit AGB-rechtlicher Vorschriften anordneten, wäre außer zusätzlichem Normenbalast aber nichts gewonnen. Eine Aufspaltung des § 23 I AGB in bereichsspezifische Einzelregelungen wäre nur dann zu befürworten, wenn diese einen bereichsspezifischen Regelungsgehalt aufwiesen. Hiervon ist bei Unterbleiben einer Kodifikation der rudimentär anerkannten Ansätze einer Inhaltskontrolle in den Ausnahmebereichen des § 23 I AGBG aber nicht auszugehen.

Will man den Einwänden gegen § 23 I AGBG Rechnung tragen, könnte sich eine systemkonforme Lösung darauf stützen, dass der Begriff der „Geschäfts"-bedingung seiner Provenienz nach nicht an das Merkmal des Rechtsgeschäfts, sondern an einen bestimmten Typus vertraglicher Zwecke anknüpft, die aufgrund ihres spezifischen Inhalts in den durch § 23 I AGBG genannten Ausnahmebereichen eben nicht oder nur ausnahmsweise vorkommen[89]. Geht man von einem

AGBG, Nr. 10, mit Anmerkung *Ursula Stein*. Zur Inhaltskontrolle von Genussscheinbedingungen nach dem AGBG: BGHZ 119, 305 = NJW 1993, 57; zur Inhaltskontrolle AGB-ersetzender Satzungen beim Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit: BGHZ 136, 394 = NJW 1998, 454.

[89] Die Richtigkeit eines solchen Verständnisses illustriert übrigens auch der bereits erwähnte Gesetzgebungsvorschlag des Arbeitskreises Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht,

solchen Verständnis aus, so stellt § 23 I AGBG nur klar, was nach der Teleologie dieses Gesetzes ohnehin gelten müsste. Soweit man § 23 I AGBG einerseits als Hindernis für eine Integration in den Allgemeinen Teil oder das Allgemeine Schuldrecht ansehen wollte, andererseits aber den Regelungsgehalt des § 23 I AGBG zur Vermeidung von Irritationen in der Praxis beibehalten will, ist dieser als negative Definitionsnorm mit lediglich klarstellender Funktion zu fassen. Eine solche Definition würde das AGB-Recht gesetzestechnisch denjenigen Regeln annähern, bei denen *ex definitione* eine Anwendung in bestimmten Büchern des BGB nicht erfolgen kann.

e) Grundprobleme einer Fortschreibung des AGB-Rechts

Inhaltlich folgt der Diskussionsentwurf dem Konzept einer „Minimalanpassung" des AGB-Rechts an die vorgeschlagenen Änderungen des Schuldrechts, die lediglich um wenige inhaltliche Eingriffe ergänzt werden.

Wirft man die Frage nach einem darüber hinausgehenden Fortschreibungsbedarf auf, so kann hierzu festgestellt werden, dass trotz der grundsätzlichen Bewährung des AGB-Gesetzes in einigen zentralen Punkten nach wie vor über etwaige Änderungen des AGB-Gesetzes in zentralen Punkten diskutiert wird. Als Gegenstände zu nennen sind insbesondere

- die konzeptionell wie praktisch unzulängliche Vorschrift des § 8 AGBG;
- die Frage nach dem Erfordernis einer gesetzlichen Regelung des Transparenzgebots;
- die europarechtlichen Implikationen eines dauerhaften Verzichts auf eine ausdrückliche Transformation des Anhangs zu Art. 3 III der Klausel-Richtlinie 93/13/EWG sowie
- die Frage nach einer Eingrenzung der AGB-Kontrolle im Unternehmensverkehr.

Mit dieser Auflistung soll – um jedes Missverständnis auszuschließen – weder einem Änderungsbedarf oder gar bestimmten gesetzgeberischen Maßnahmen das Wort geredet werden, noch soll gesetzgeberisches Handeln im Rahmen des vorliegenden Konzepts einer Schuldrechtsmodernisierung eingefordert werden. Im Gegenteil ist festzustellen, dass der enge zeitliche Rahmen der vorgeschlagenen Maßnahmen und die Bindung von Beratungskapazität in deren Rahmen es nachgerade verbieten, das geplante Vorhaben auch noch mit derart weitgehenden Eingriffen in das AGB-Gesetz zu überfrachten. Deshalb muss an dieser Stelle eine inhaltliche Stellungnahme zu diesen Punkten auch unterbleiben[90].

---

der trotz Anlehnung an das AGBG bezeichnenderweise in Arbeitsverträgen eben nicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern von allgemeinen Arbeitsvertragsbedingungen sprach.

[90] Hierzu werde ich demnächst eine auf Ersuchen der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände erstattete gutachterliche Stellungnahme vorlegen, auf die insofern zu verweisen ist.

f) Ausgewählte Einzelheiten

Auch insofern ist zunächst klarzustellen, dass Diskussionsbedarf in (wenigen) Details zwar bestehen mag (z. B. Zusammenfassung der §§ 10 Nr. 7 und 11 Nr. 5 AGBG[91]; Anpassung des § 11 Nr. 3 AGBG an die Anforderungen der Klausel-Richtlinie 93/13/EWG[92]; Konkretisierung des VOB/B-Privilegs bei Erklärungsfiktionen[93]). Eine zusätzliche Belastung der Diskussion über die „Schuldrechtsmodernisierung" mit diesen Einzelheiten ist aber aus den soeben genannten Gründen nicht zu befürworten. Anzumerken ist vielmehr[94]:

aa) § 309 II BGB-DiskE

Die Vorschrift weicht vom Wortlaut des bisherigen § 23 III AGBG dadurch ab, dass sie klarstellt, dass für die dort genannten Verträge trotz imperfekter Anwendbarkeit[95] des § 309 I BGB-DiskE (§ 2 AGBG) das Erfordernis einer Einbeziehung gemäß §§ 145 ff. BGB gilt. Das entspricht schon der bisherigen Rechtslage[96], wird jetzt aber deutlicher erkennbar[97].

Indessen können nach § 9 I Bausparkassengesetz Änderungen der vereinbarten „Allgemeinen Bausparbedingungen" im Sinne des § 5 Bausparkassengesetz auch „mit Wirkung für bestehende Verträge" behördlich genehmigt werden. Diese Vorschrift scheint ihrem systematischen Standort nach zwar nahe zu legen, dass sie allein die öffentlich-rechtliche, d.h. kreditaufsichtsrechtliche Wirkung regeln und das vertragsrechtliche Erfordernis einer wirksamen Einbeziehung nicht beseitigen kann. Jedoch lässt sich der Gesetzesbegründung entnehmen, dass eine Änderung zum Schutz des kollektiven Leistungsgefüges kraft privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts möglich ist[98]. Soweit es um Bausparkassenverträge geht, wird deshalb die Klarstellung zumindest zum Teil leer laufen; zudem liegt in der Stärkung

---

[91] Zu den nach derzeitiger Rechtslage bestehenden Redundanzen etwa *Manfred Wolf*, in: Wolf/Horn/Lindacher (Fn. 79) § 10 Nr. 7, Rn. 3; *Harry Schmidt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Fn. 26) § 10 Nr. 7, Rn. 5.

[92] Palandt/*Heinrichs* (Fn. 35) § 24 a AGBG, Rn. 27.

[93] Zu den insoweit bestehenden Unklarheiten etwa Wolf/Horn/Lindacher/*Horn* (Fn. 79) § 23, Rn. 244.

[94] Ergänzend sei redaktionell angemerkt: Hinsichtlich der amtlichen Überschriften liegt ein – durch das Bundesjustizministerium nach eigenem Bekunden bereits bemerktes und hier nur der Vollständigkeit halber erwähntes – Redaktionsversehen bei §§ 312, 313 BGB insofern vor, als die Überschrift „Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit" der die Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit regelnden Bestimmung des § 313 BGB zugeordnet ist und umgekehrt. – In § 305 b III BGB-DiskE müsste es wohl statt „§ 310" richtig „§ 309" heißen, dazu auch die Erläuterung in Diskussionsentwurf (Fn. 4) 352.

[95] Zu dieser dogmatischen Einordnung Palandt/*Heinrichs* (Fn. 35) § 23 AGBG, Rn. 10.

[96] Wolf/Horn/Lindacher/*Horn* (Fn. 79) § 23, Rn. 403; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer* (Fn. 26) § 23, Rn. 53.

[97] Diskussionsentwurf (Fn. 4) 373.

[98] BT-Drs. 11/8089, S. 18 f.; BGH NJW 1991, 2559 (2563); *Otto Schäfer, Ekkehard Cirpka, Andreas Zehnder*, Bausparkassengesetz und Bausparkassenverordnung, 5. Auflage, 1999, § 9 BausparkassenG, Anmerkung 1 b; Wolf/Horn/Lindacher/*Horn* (Fn. 79) § 23, Rn. 433.

des individualvertraglichen Elements durch § 309 II BGB-DiskE einerseits und der Beibehaltung der privatrechtsgestaltenden Wirkung des § 9 Bausparkassengesetz ein Wertungswiderspruch.

bb) Anwendungsbereich der §§ 312, 313 BGB-DiskE

Soweit der bisherige Ausnahmekatalog des § 23 II AGBG in die §§ 312, 313 BGB-DiskE integriert wird, bestehen keine grundsätzlichen Einwände. Hervorzuheben sind die damit verbundenen inhaltlichen Änderungen:

aaa) Wegfall des Privilegs für Telekommunikationsverträge

Die bisher in § 23 II Nr. 1 a AGBG vorgesehene Unanwendbarkeit des § 2 AGBG tritt gemäß § 30 S. 3 AGBG, soweit es bei der jetzigen Rechtslage bliebe, am 31. 12. 2002 außer Kraft. Dass sie jetzt nicht übernommen werden soll, führt also lediglich dazu, dass dieser Effekt früher eintreten soll. Als Konsequenz der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes scheint dies prinzipiell auch richtig[99]. Allerdings sei darauf hingewiesen, dass ein vorzeitiges Auslaufen des bisherigen § 23 II Nr. 1 a AGBG rechtlich wirkungslos bleibt, solange die Parallelregelung in § 28 II Telekommunikations-Kundenschutzverordnung 1998 weiter gilt[100].

Eine andere Beurteilung ist aber möglicherweise für den Sprechtelefonverkehr im sogenannten offenen *Call-by-Call*-Verfahren geboten. Wählt nämlich der Kunde durch eine „010XY"-Vorwahl einen Verbindungsnetzbetreiber für das einzelne Telefongespräch aus, so steht er zu diesem regelmäßig in keinerlei weiterem geschäftlichen Kontakt. Eine wirksame Vereinbarung von AGB unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 2 AGBG erscheint nur schwer praktikabel[101]. Denn der Anbieter müsste dem Kunden die AGB vor dem Verbindungsaufbau übermitteln, was entweder eine generelle Registrierung als (potentieller) *Call-by-Call*-Nutzer oder eine erhebliche Zeitverzögerung mit sich brächte. Das wäre mit dem Marktöffnungszweck dieses nach § 43 VI 3 Alt. 2 Telekommunikationsgesetz zwingend zu ermöglichenden Verfahrens unvereinbar. Ob es praktikabel ist, den Anbieter darauf zu verweisen, dass in der Anwahl das stillschweigende Einverständnis des

---

[99] Zutreffend insofern Diskussionsentwurf (Fn. 4) 374.

[100] *Thomas Pfeiffer*, Anmerkung zu OLG Köln, Urt. v. 8. 9. 2000, 6 U 199/99, Kommunikation & Recht, 2000, 554, 555 f.

[101] *Elisabeth Grote*, Die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung, BB 1998, 1117, 1121. Nur nebenbei sei an dieser Stelle angemerkt, dass dieselbe Beurteilung für die Bestimmungen des FernAbsG gilt. Dieses enthält zwar eine Ausnahme für Telefongespräche an öffentlichen Fernsprechern (§ 1 III Nr. 7 b) FernAbsG; übereinstimmend Art. 3 I, 3. Spiegelstrich Fernabsatz-Richtlinie 97/7/EG). Als Ausnahmegrund ist anerkannt, dass der Ablauf dieses Vertragsschlusses eine Anwendung der Vorschriften des Fernabsatzrechts verbietet, Palandt/*Heinrichs* (Fn. 35) § 1 FernAbsG, Rn. 14. An das *Call-by-Call*-Verfahren hat man aber insofern offenbar nicht gedacht, so dass sich die Frage nach einer analogen Anwendung von § 1 III Nr. 7 b) FernAbsG/Art. 3 I, 3. Spiegelstrich Fernabsatz-Richtlinie 97/7/EG stellt.

Kunden mit der Konkretisierung des Vertragsinhalts durch den Anbieter liegt, scheint jedenfalls nicht abschließend geklärt.

bbb) Strom- und Gasversorgung von Sonderkunden

Die bisher in § 23 II Nr. 2 AGBG[102] angeordnete Unanwendbarkeit der §§ 10, 11 AGBG auf Gas- und Elektrizitätsversorgungsverträge mit Sonderabnehmern fällt weg. Der Entwurf erörtert dies zwar nur unter dem Gesichtspunkt des bisherigen § 10 AGBG, relevant ist die Änderung aber auch – und vor allem – für § 11 AGBG.

Eine Änderung der Rechtslage für unternehmerische Sonderabnehmer ist dabei allerdings nicht beabsichtigt[103], so dass insoweit eine mittelbare Anwendung der §§ 312, 313 BGB-DiskE im Rahmen des § 311 BGB-DiskE auch zukünftig nicht befürwortet werden kann. Gegenüber Verbrauchern ist als Konsequenz eines liberalisierten Marktes und der Geltung des hierfür maßgebenden Ordnungsrahmens die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen indes gut vertretbar. Ohnehin müssen im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung die Vorgaben der Klausel-Richtlinie 93/13/EWG beachtet werden[104], weshalb die bisherige großzügige Hinnahme weitreichender Haftungsbeschränkungen[105] problematisch erscheint[106].

ccc) Haftungsfreizeichnung für staatlich genehmigte Lotterien

Die nunmehr in § 313 Nr. 7 BGB-DiskE hinzugefügte teleologische Einschränkung des bisherigen § 23 II Nr. 4 AGBG entspricht einer bereits nach der geltenden Rechtslage allgemeinen Meinung[107]. Die eigentliche Schwierigkeit besteht indessen darin, dass die übliche Freizeichnungsklausel zu weit formuliert und die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion umstritten ist[108]; dies stellt jedoch ein bloßes Anwendungsproblem dar, welches Rechtsprechung und Literatur überlassen bleiben kann.

cc) § 312 Nr. 2 BGB-DiskE

§ 312 Nr. 2 BGB-DiskE weicht von § 10 Nr. 2 AGBG dadurch ab, dass sie dem Wortlaut nach für sämtliche Nachfristsetzungen[109] und nicht mehr lediglich für

---

[102] Redaktionell unrichtig ist der Hinweis auf § 23 II Nr. 3 (richtig: Nr. 2) AGBG in Diskussionsentwurf (Fn. 4) 377.

[103] Ausdrücklich: Diskussionsentwurf (Fn. 4) 377.

[104] Vgl. Grabitz/Hilf/Wolf/*Pfeiffer* (Fn. 33) Art. 2 Richtlinie 93/13/EWG, Rn. 23.

[105] Vgl. BGHZ 138, 118 = NJW 1998, 1640. Die Entscheidung ist zwar im Unternehmensverkehr ergangen, enthält aber keine Andeutung einer entsprechenden Beschränkung.

[106] Vgl. auch Wolf/Horn/Lindacher/*Horn* (Fn. 79) § 23, Rn. 165.

[107] Wolf/Horn/Lindacher/*Horn* (Fn. 79) § 23, Rn. 227; Palandt/*Heinrichs* (Fn. 35) § 23 AGBG, Rn. 8 Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer* (Fn. 26) § 23, Rn. 42.

[108] Bejahend Wolf/Horn/Lindacher/*Horn* (Fn. 79) § 23, Rn. 227; verneinend *Hans Erich Brandner*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Fn. 26) Anhang § 9–11, Rn. 481

[109] Nachfristsetzungen setzt der Entwurf voraus: für den Ersatz des Nichterfüllungsschadens bei Pflichtverletzungen (§§ 280 II, 282 I BGB-DiskE); für den Rücktritt bei Pflicht-

diejenige nach § 326 BGB gilt. Die Begründung des Entwurfs verweist hierzu auf den Wegfall des § 326 BGB; ob eine inhaltliche Änderung beabsichtigt ist, wird nicht ausgeführt[110]. Die Schuldrechtskommission spricht hinsichtlich des mit dem Diskussionsentwurf inhaltsgleichen § 10 Nr. 2 AGBG-KE von einer lediglich sprachlichen Anpassung[111], was der gestiegenen Bedeutung der Nachfristsetzung aber wohl nicht gerecht wird[112].

Von der Ausdehnung des Anwendungsbereichs sind indessen keine nachteiligen Auswirkungen zu erwarten. Eine entsprechende Anwendung auf weitere Nachfristsetzungen über § 326 BGB hinaus (§§ 283, 354, 634, 651 c III, 651 e II BGB) wird bereits bislang befürwortet[113]. Anzunehmen ist zwar, dass mit der Nachfristsetzung auch die Fälle der ausnahmsweisen Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung zunehmen werden. Diese lassen sich aber mit dem zu § 10 Nr. 2 AGBG anerkannten Instrumentarium sachgerecht bewältigen: In der Regel werden Nachfristvorbehalte so auszulegen sein, dass sie den Fall der ausnahmsweisen Entbehrlichkeit erst gar nicht erfassen; soweit dies aufgrund ihrer Formulierung im Einzelfall anders liegen sollte, ist die Klausel schon deshalb unwirksam[114].

dd) § 313 Nr. 8 BGB-DiskE

Der Diskussionsentwurf übernimmt § 11 Nr. 8 AGBG-KE und weicht damit vom geltenden § 11 Nr. 8 AGBG in mehrfacher Hinsicht ab.

Der bisherige § 11 Nr. 8 AGBG erfasst dem Wortlaut nach Fälle des Verzugs und der Unmöglichkeit. Dabei geht es zwar in erster Linie um die §§ 325, 326 BGB, erfasst werden aber auch Ansprüche auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens im Anwendungsbereich des § 286 II BGB[115] und der Anspruch auf Ersatz bloßer Verzögerungsschäden nach § 286 I BGB[116]. Eine Differenzierung zwischen der Verletzung von Haupt- und Nebenpflichten erfolgt dabei nicht[117].

---

verletzung (§ 323 I BGB-DiskE) und Sachmängeln (§ 438 I i.V.m. § 323 I BGB-DiskE beim Kauf; §§ 636, 323 BGB-DiskE beim Werkvertrag); für den Ersatz des Nichtausführungsschadens allgemein (§§ 325 I, 323 I BGB-DiskE) und bei Mängeln des Liefergegenstands (§§ 440 III, 325 I, 323 I BGB-DiskE beim Kauf bzw. §§ 638 III, § 325 I, 323 I BGB-DiskE bei Werkverträgen); für die Minderung (§ 439 I BGB-DiskE bzw. § 637 I BGB-DiskE); für den Ersatz von Mangelschäden (§§ 440 I, 282 I BGB-DiskE); für den Schadensersatz wegen Verzögerung der Nacherfüllung (§ 440 II bzw. § 638 II, jeweils i.V.m. §§ 440 I, 282 I BGB-DiskE und § 283 BGB); für die Selbstvornahme (§ 635 I BGB-DiskE).

[110] Diskussionsentwurf (Fn. 4) 377.

[111] Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 2) 279.

[112] Oben Fn. 109.

[113] Palandt/*Heinrichs* (Fn. 35) § 10 AGBG, Rn. 10; Ulmer/Brandner/Hensen/*Schmidt* (Fn. 26) § 10 Nr. 2, Rn. 5; Wolf/Horn/Lindacher/*Wolf* (Fn. 79) § 10 Nr. 2, Rn. 5.

[114] Ulmer/Brandner/Hensen/*Schmidt* (Fn. 26) § 10 Nr. 2, Rn. 5.

[115] Etwa Wolf/Horn/Lindacher/*Wolf* (Fn. 79) § 11 Nr. 8, Rn. 6.

[116] BGHZ 83, 284 = NJW 1983, 1322.

[117] Relevant ist dies vor allem bei den §§ 280, 286 BGB. Das wird nicht ausdrücklich artikuliert, wird jedoch im Schrifttum dadurch vorausgesetzt, dass eine analoge Anwendung auf Nebenpflichtverletzung bei der positiver Forderungsverletzung verneint wird, was die

Eine analoge Anwendung auf die positive Forderungsverletzung wird bei § 11 Nr. 8 a) AGBG allgemein anerkannt, während die Rechtslage bei § 11 Nr. 8 b) AGBG umstritten ist. Teilweise wird eine Analogie bei der Verletzung von Hauptpflichten, nicht jedoch von Nebenpflichten befürwortet[118]. Nach anderer Ansicht ist von vornherein § 9 AGBG heranzuziehen[119].

Diese zwischen den verschiedenen Formen der Leistungsstörung differenzierende Praxis stellt den Gesetzgeber vor die Schwierigkeit, wie angesichts des Übergangs zu einem einheitlichen Begriff der Pflichtverletzung am bisherigen kodifikatorischen Stand festgehalten werden kann. Deren Bewältigung ist bislang nur teilweise gelungen. Das hängt vor allem mit der Anknüpfung an den Begriff der Hauptpflicht zusammen:

Dieser schließt sowohl nach der Systematik des Gesetzes als auch nach der Begründung des Entwurfs[120] auch die Fälle der positiven Forderungsverletzung ein. Gleichwohl ist die Vorschrift ihrem bisherigen Inhalt entsprechend mit der zwar eingeklammerten, aber gleichwohl amtlichen und deshalb auslegungsrelevanten Unter-Überschrift „Verzug, Unmöglichkeit" versehen. Nur für den (nicht zu unterstellenden Fall), dass hiermit eine legislatorische Absicht verbunden ist, sei daher vorsorglich angemerkt: Solche Widersprüche gefährden den Klarstellungszweck der amtlichen Überschriften[121] und müssen vermieden werden.

Eine weitere Diskrepanz besteht zwischen Wortlaut und Begründung. Der Anwendungsbereich erfasst nach dem Wortlaut zwar ohne weitere Einschränkung die „Verletzung einer Hauptleistungspflicht", spricht jedoch in der Begründung allein von den bisher durch §§ 325, 326 BGB geregelten Fällen[122]. Zu den Hauptleistungspflichten gehören aber auch solche, die nicht im Synallagma stehen, wie etwa die Rückzahlungspflicht beim entgeltlichen Darlehen[123]. Auch bei Verletzung nicht synallagmatischer Hauptpflichten kann ein durchgreifendes Interesse des Kunden bestehen, unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, etwa wenn der dringend auf Mobiliar angewiesene Einlagerer sich bei Verzug des Lagerhalters mit der Herausgabepflicht aus § 695 BGB Ersatzmobiliar beschaffen will[124], was sowohl nach altem als auch nach neuem Recht möglich ist (§ 286 II BGB bzw. §§ 280, 282, 283 BGB-DiskE). Die Begründung sollte also keine unnötigen Zweifel daran wecken, dass ein solcher Fall AGB-rechtlich nicht anders als derjenige einer Verletzung synallagmatischer Pflichten behandelt werden kann.

Geltung bei Nebenpflichtverletzungen aufgrund Verzugs oder Unmöglichkeit voraussetzt, vgl. Nachweise Fn. 118.

[118] *Horst-Diether Hensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Fn. 26) § 11 Nr. 8, Rn. 11; Wolf/Horn/Lindacher/*Wolf* (Fn. 79) § 11 Nr. 8, Rn. 6.

[119] Palandt/*Heinrichs* (Fn. 35) § 11 AGBG, Rn. 40.

[120] Diskussionsentwurf (Fn. 4) 380.

[121] Diskussionsentwurf (Fn. 4) 217.

[122] Diskussionsentwurf (Fn. 4) 379ff.

[123] Statt vieler: *Franz Häuser*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band IV/1, 12. Auflage,1998, § 607 BGB, Rn. 151.

[124] Vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 480.

Inhaltlich gehört zu den Hauptleistungspflichten sowohl beim Kaufvertrag als auch beim Werkvertrag die mangelfreie Lieferung (§ 433 I 2 u. § 633 I BGB-DiskE)[125]. Dies führt dem Wortlaut nach zur Anwendbarkeit der Vorschrift auch auf Gewährleistungsklauseln. Diese ist von dem Diskussionsentwurf, der diese Möglichkeit erkennbar nicht im Blickfeld hatte[126], wohl kaum gewollt und wäre zudem systematisch verfehlt, weil das AGB-Recht im bisherigen § 11 AGBG eine scharfe Unterscheidung zwischen Haftung und Gewährleistung zugrunde legt. Bei dieser muss es auch bleiben, da § 11 Nr. 8 AGBG keine für das Sachmängelrecht passende Regelung enthält. Klauseln, welche die Sachmängelhaftung im Rahmen des nach § 313 Nr. 10 BGB-DiskE Zulässigen auf die Nacherfüllung beschränken, enthalten einen vollständigen Ausschluss des Rücktrittsrechts aus §§ 438 und 636 BGB-DiskE und würden trotz ihrer Angemessenheit dem Verbotstatbestand des § 313 Nr. 8 BGB-DiskE unterliegen. An der Unanwendbarkeit dieses Klauseltatbestands darf also kein Zweifel bestehen.

Eine weitere Folge der Neuformulierung des § 313 Nr. 8 BGB-DiskE ergibt sich aus seinem gegenüber der Nr. 7 jedenfalls dem Wortlaut nach weiter gehenden Verbotsgehalt. Soweit § 313 Nr. 8 BGB-DiskE eingreift, ist ein vollständiger Haftungsausschluss schlechthin unwirksam. Diese bisher nur für Verzug und Unmöglichkeit geltende Maßgabe greift nun auch für die bisher als positive Forderungsverletzung behandelte leicht fahrlässige Verletzung von Hauptleistungspflichten. Eine inhaltliche Ausweitung liegt hierin nicht. Dies liegt auf der Hand, wenn man § 11 Nr. 8 b) AGBG bereits jetzt auf die positive Forderungsverletzung von Hauptleistungspflichten analog anwendet[127], gilt jedoch auch, wenn man nach bisheriger Rechtslage § 9 AGBG als einschlägig ansieht[128]. Denn nach einer gesicherten Praxis ist der vollständige Haftungsausschluss bei Verletzung wesentlicher Vertragspflichten („Kardinalpflichten"), zu denen jedenfalls auch die Hauptleistungspflichten gehören, gemäß § 9 II Nr. 2 AGBG unwirksam[129]. Daraus folgt, dass § 313 Nr. 8 b) BGB-DiskE nur deklaratorischen Gehalt hat und damit inhaltlich überflüssig ist. Eine Beibehaltung aus Gründen der Gesetzestransparenz ist zwar denkbar. Dann sollte die Rechtslage aber zumindest im Kern zutreffend dargestellt werden. Dies würde bedeuten, dass die wesentlichen Fälle, in denen ein vollständiger Haftungsausschluss unwirksam ist (Verletzung wesentlicher Vertragspflichten; Verletzung besonderer Vertrauenstatbestände; Verletzung von Leben und Gesundheit)[130], vollständig aufgeführt werden und zudem (im Hinblick auf die Zulässigkeit von Be-

---

[125] Diskussionsentwurf (Fn. 4) 207.

[126] Die Gesetzesbegründung im Diskussionsentwurf (Fn. 4) 380, nennt in nahezu wörtlicher Anlehnung an die Ausführungen im Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 2) 280, zur Erläuterung den Fall des Ersatzes des Nichtausführungsschadens nach § 325 I BGB-DiskE (bzw. § 327 I BGB-KE). Darauf, dass §§ 440 III und 638 III BGB-DiskE (bzw. §§ 441 III und 639 III BGB-KE) auf jene Vorschriften verweisen, wird nicht eingegangen.

[127] Nachweise Fn. 118.

[128] Nachweise Fn. 119.

[129] Zusammenfassend BGH NJW 1993, 335.

[130] Überblick bei Wolf/Horn/Lindacher/*Wolf* (Fn. 79) § 11 Nr. 7, Rn. 28 ff.

schränkungen) das Gebot der Vorsorge für vorhersehbare Schäden[131] beachtet wird.

Eine weitere Änderung ergibt sich aus der ausdrücklichen Beschränkung des § 313 Nr. 8 b) BGB-DiskE auf den Nichtausführungsschaden. Das weicht bewusst[132] von der bisherigen Praxis dadurch ab, dass die Rechtsprechung § 11 Nr. 8 b) AGBG auch auf den nach § 286 I BGB zu ersetzenden Verzögerungsschaden angewandt hatte[133]. Die gegen die bisherige Handhabung in der Literatur vorgebrachten Einwände stützen sich überwiegend auf die Entstehungsgeschichte des § 11 Nr. 8 b) AGBG[134] und sind für den heutigen Gesetzgeber damit nur zum Teil ergiebig. Gleichwohl ist dem Diskussionsentwurf und der Schuldrechtskommission in diesem Punkt zu folgen. Die – dem Gesetzeswortlaut nach – strengere Handhabung der Freizeichnung von der Verzugshaftung, etwa im Vergleich zu der nach § 11 Nr. 7 AGBG zu beurteilenden Freizeichnung von der Haftung für Mangelfolgeschäden, war wertungssystematisch seit jeher angreifbar. Jedenfalls mit dem Übergang zu einem einheitlichen Begriff der Pflichtverletzung verliert sie jede gesetzessystematische Rechtfertigung. Praktisch ändert sich ohnehin nichts, da die (bisher durch § 11 Nr. 8 b) AGBG untersagte) vollständige Freizeichnung von der Haftung für die verzögerte Erfüllung von Kardinalpflichten nunmehr an §§ 311 und 313 Nr. 7 BGB-DiskE scheitert[135].

Soweit es um Nebenpflichten geht, ist zu beachten, dass auch deren Verletzung in bestimmten Fällen zur Unzumutbarkeit der weiteren Vertragsdurchführung führen kann[136]. Da es für eine formularmäßige Abbedingung des in solchen Fällen (auch künftig, § 323 BGB-DiskE)[137] bestehenden Rücktrittsrechts kein durchgreifendes Bedürfnis gibt, sollte die bisherige Rechtslage nicht geändert werden. Die Beschränkung des § 313 Nr. 8 BGB-DiskE auf Hauptpflichten ist daher für den Anwendungsbereich von Buchstabe a) abzulehnen.

Geht man von alledem aus, so entfernen sich Buchstaben a) und b) der Regelung schon tatbestandlich soweit voneinander, dass der bisherige § 11 Nr. 8 b) AGBG, falls er nicht gestrichen wird, in § 11 Nr. 7 AGBG aufgeführt werden sollte. Daraus ergibt sich folgender Gesetzesvorschlag:

§ 11 Nr. 8 AGBG (§ 313 Nr. 8 BGB-DiskE; besser bei § 323 BGB-DiskE – mit erweitertem Verweis bei § 308 II 2 BGB-DiskE – einzufügen) erhält folgende Fassung:

---

[131] Hierzu etwa BGH NJW 1993, 335 (336).

[132] Vgl. Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 2) 280; Diskussionsentwurf (Fn. 4) 380.

[133] BGHZ 86, 284 (293) = NJW 1983, 1322 (IATA-Bedingungen); a.A. etwa Ulmer/Brandner/Hensen/*Hensen* (Fn. 26) § 11 Nr. 8, Rn. 12.

[134] Ulmer/Brandner/Hensen/*Hensen* (Fn. 26) § 11 Nr. 8, Rn. 12.

[135] Oben Fn. 130.

[136] *Herbert Wiedemann*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band II, 12. Auflage,1990, vor § 275, Rn. 495. Beispiel: Der mit einer Renovierung beauftragte Maler verursacht bei jedem Besuch mit seiner mitgeführten Leiter einen neuen Schaden.

[137] Zur Geltung für Nebenpflichten Diskussionsentwurf (Fn. 4) 397.

8. eine Bestimmung, durch die für den Fall einer zu vertretenden Verletzung vertraglicher Pflichten des Verwenders das nicht auf einem Sachmangel beruhende Recht des anderen Vertragsteils, sich vom Vertrag zu lösen, ausgeschlossen oder eingeschränkt wird;

§ 11 Nr. 8 b) AGBG (§ 313 Nr. 8 b) BGB-DiskE) wird gestrichen oder *hilfsweise* wie folgt in den bisherigen § 11 Nr. 7 AGBG (§ 313 Nr. 7 BGB-DiskE; besser im Anschluss an § 276 BGB) eingefügt:

7. ein Ausschluss oder eine über nicht vorhersehbare Schäden hinausgehende – im Falle von Buchstabe a) jede – Begrenzung der Haftung für einen Schaden, der

a) auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders,

b) auf einer vom Verwender zu vertretenden Verletzung von Leben oder Gesundheit des Vertragspartners aufgrund vorhersehbarer Gefahren,

c) auf einer vom Verwender zu vertretenden Verletzung wesentlicher Vertragspflichten oder

d) auf der Verletzung eines durch den Verwender geschaffenen besonderen Vertrauenstatbestands

beruht; dies gilt auch für ... (wie bisher)[138].

ee) § 313 Nr. 10 BGB-DiskE

aaa) Allgemeines

Diese bislang zu den zentralen Klauselverboten zählende Bestimmung erleidet in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich einen dramatischen Bedeutungsverlust dadurch, dass das Gewährleistungsrecht nach § 305 c BGB-DiskE für den Verkauf einer beweglichen Sache durch einen Unternehmer an einen Verbraucher (Verbrauchsgüterkaufverträge im Sinne des § 473 BGB-DiskE) – und ebenso gemäß § 631 III 1 BGB-DiskE für Werkverträge über die Lieferung neu herzustellender beweglicher Sachen – nicht dispositiv ist[139]. Da die Vorschrift im Unternehmensverkehr gemäß § 24 AGBG jedenfalls nicht unmittelbar anzuwenden ist und For-

---

[138] Hinsichtlich der Verletzung von Leben und Gesundheit ist noch nicht abschließend geklärt, ob nur ein Haftungsausschluss oder auch jede Haftungsbeschränkung unwirksam ist. Für erstgenannten Standpunkt spricht Anhang zu Art. 3 III Nr. 1 Buchstabe a Klausel-Richtlinie 93/13/EWG; ferner grundsätzlich Wolf/Horn/Lindacher/*Wolf* (Fn. 79) § 11 Nr. 7, Rn. 32; wohl auch *Friedrich Graf v. Westphalen*, in: Westphalen (Fn. 88) Haftungsfreizeichnung für leichte Fahrlässigkeit, Rn. 50, 58; von der Unzulässigkeit des Ausschlusses spricht Palandt/*Heinrichs* (Fn. 35) § 24 a AGBG, Rn. 26; vermittelnd Ulmer/Brandner/Hensen/*Hensen* (Fn. 26) § 11 Nr. 7, Rn. 27; offenlassend, aber Unwirksamkeit tendenziell bejahend BGH, 27.9.2000, VIII ZR 155/90 (unveröffentlicht, zum Erscheinen in BGHZ vorgesehen), sub XV. 1. der Entscheidungsgründe. Der im Text unterbreitete (Hilfs-) Gesetzesvorschlag geht einen Mittelweg. Unwirksam ist die Haftungsbeschränkung für Leib und Leben bei vorhersehbaren Schäden aufgrund vorhersehbarer Gefahren; ansonsten sollte die Frage derzeit im Rahmen des § 9 AGBG der Rechtsprechung überlassen bleiben.

[139] Diskussionsentwurf (Fn. 4) 356.

mularverträge im Verhältnis Privater untereinander über die Lieferung neu hergestellter Sachen höchst selten sind, bleiben im unmittelbaren Anwendungsbereich im Wesentlichen noch Verträge über Bauleistungen, für die aber die zentrale Vorschrift des § 313 Nr. 10 b) BGB-DiskE nicht gilt und sinnvollerweise auch nicht gelten kann.

Bedeutsam bleibt der mittelbare Anwendungsbereich des § 313 Nr. 10 BGB-DiskE. Hierzu gehört im nicht unternehmerischen Verkehr bislang zunächst der Leasingvertrag, bei dem der Leasinggeber sich zwar von der mietvertraglichen Gewährleistung freizeichnen, dem Leasingnehmer jedoch den vollen kaufrechtlichen Gewährleistungsstandard verschaffen muss[140]. Auch insoweit muss folglich damit gerechnet werden, dass die Rechtsprechung sich zukünftig am neuen nicht dispositiven Kaufrecht orientieren wird. Damit bleibt als wesentlicher Anwendungsbereich neben Bauverträgen noch die mittelbare Heranziehung des Rechtsgedankens der Vorschrift zur Beurteilung von Klauseln im Unternehmensverkehr[141].

Die daraus erwachsende Frage, ob es bei einer Vorschrift des bisherigen Zuschnitts bleiben sollte, ist trotz dieser erheblichen Verschiebungen zu bejahen, da weder die Schaffung einer besonderen Vorschrift für Bauverträge noch eigenständige Klauselverbote im Unternehmensverkehr sinnvoll erscheinen und die Beibehaltung einer Vorschrift bisherigen Zuschnitts zugleich für den ausnahmsweisen Fall einer Verwendung eines Formularvertrags zwischen Privaten vorsorgt.

bbb) § 313 Nr. 10 b) BGB-DiskE

Die redaktionelle Anpassung der Vorschrift ist konsequent, soweit es um die Nennung des Rücktrittsrechts statt des Wandelungsanspruchs geht. Bei der Ersetzung der Wendung „Nachbesserung oder Ersatzlieferung" durch „Nacherfüllung" ist indessen zu bedenken, dass es nach bisheriger Rechtslage zulässig war, den Käufer entweder auf Nachbesserung oder auf Ersatzlieferung zu beschränken[142].

Da die Beschränkung auf Nachbesserung oder auf Ersatzlieferung gegenüber einem Nacherfüllungsanspruch, der dem Käufer das Wahlrecht zwischen beiden lässt, die weiter gehende Einschränkung darstellt, wirft die jetzt gewählte Formulierung die Frage auf, ob die Beschränkung auf die Nacherfüllung zugleich die Grenze des AGB-rechtlich Zulässigen bildet[143]. Mit anderen Worten fragt sich, ob das Wahlrecht des Käufers (§ 437 I BGB-DiskE) bzw. des Bestellers (§ 634 I BGB-DiskE)[144] zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung durch AGB abdingbar ist.

---

[140] BGHZ 114, 57 = NJW 1991, 1746; BGH NJW 1987, 1072, BGH NJW 1985, 796; BGHZ 81, 298 = NJW 1982, 105; Palandt/*Heinrichs* (Fn. 35) § 11 AGBG, Rn. 49; Westphalen/*Westphalen* (Fn. 88) Leasing, Rn. 101.

[141] Überblick bei *Pfeiffer* (Fn. 42) § 9, Rn. 113 ff.

[142] Wolf/Horn/Lindacher/*Wolf* (Fn. 79) § 11 Nr. 10 b) AGBG, Rn. 6; *Thomas Pfeiffer*, in: Westphalen (Fn. 88) Neuwagenkauf, Rn. 67.

[143] Zur bisherigen Rechtslage ausdrücklich offen lassend BGH NJW-RR 1990, 1141.

[144] Das Wahlrecht des Bestellers beim Werkvertrag ist in § 634 I BGB-DiskE nicht ausdrücklich genannt. Es ergibt sich aber aus der Formulierung „oder" und wird auch in § 634 III BGB-DiskE vorausgesetzt, siehe auch Diskussionsentwurf (Fn. 4) 577.

Die Begründung spricht von einer nur redaktionellen Anpassung[145], woraus zu schließen wäre, dass eine Beschränkung auf eine der Nacherfüllungsmöglichkeiten weiterhin zulässig ist. Die Formulierung „auf Nacherfüllung beschränkt" könnte jedoch nahe legen, die in der Festlegung auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung liegende weitere Beschränkung als unwirksam anzusehen. Zur Vermeidung dieser unnötigen Unsicherheit sollte eine Klarstellung aufgenommen werden.

Dabei ist zu beachten, dass das Wahlrecht beim Verbrauchsgüterkauf kraft europäischer Vorgabe[146] ohnehin nicht dispositiv ist (§§ 305 c I, 473, 437 I BGB-DiskE). Beschränkungen aus Gründen des Verbraucherschutzes sind also unnötig. Ferner hat die bisherige Praxis – abgesehen von gelegentlichen Streitigkeiten über das Fehlschlagen der Nachbesserung – nicht zu Unzuträglichkeiten geführt, so dass es außerhalb von Verbraucherverträgen hierbei bleiben kann.

Eine weitere Fragestellung erwächst daraus, dass nach der vorgeschlagenen Rechtslage zukünftig nicht mehr nur im Werkvertragsrecht, sondern auch im Kaufrecht grundsätzlich eine Nachfristsetzung als Voraussetzung des Rücktritts und der Minderung erforderlich ist (§ 438 I i.V.m. § 323 I BGB-DiskE für den Rücktritt und § 439 I BGB-DiskE für die Minderung). Das gilt freilich nicht, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen im Sinne des § 313 Nr. 10 b) BGB-DiskE ist (§§ 438 II, 439 I, 636 II, 637 I BGB-DiskE)[147]. § 313 Nr. 10 b) BGB-DiskE beruht jedoch auf der gesetzlichen Einschätzung, dass der Kunde seine gesetzlichen Rechte nicht kennt und deshalb der Information durch eine ausdrückliche Erläuterung in der Klausel bedarf. Angesichts der gestiegenen Bedeutung der Nachfristsetzung könnte deshalb erwogen werden, auch hinsichtlich dieses Punktes eine Informationsobliegenheit zu begründen und § 313 Nr. 10 b) BGB-DiskE nach den Worten „nach Fehlschlagen der Nachbesserung" um die Formel *„ohne weitere Fristsetzung"* ergänzen. Im Ergebnis wird man ein praktisches Bedürfnis für eine solche Ergänzung allerdings verneinen müssen. Dies zeigen insbesondere die Erfahrungen aus dem geltenden Werkvertragsrecht, in dem trotz schon bestehenden gesetzlichen Nachfristerfordernisses Unzuträglichkeiten aufgrund der bisherigen Rechtslage nicht hervorgetreten sind.

ccc) § 313 Nr. 10 e) BGB-DiskE

Die Anpassung der Vorschrift scheint *prima facie* konsequent. Dass sie nicht nur redaktioneller Art ist, folgt – wie die Begründung knapp, aber insofern zutreffend hervorhebt – aus dem Zusammenwirken mit § 434 III BGB-DiskE. Die daraus erwachsenden Probleme werden allerdings nur mit geringer Aufmerksamkeit bedacht. Das ist zwar verständlich, wenn man bedenkt, dass § 434 III BGB-DiskE nur im Kaufrecht relevant ist, also einem Rechtsgebiet, in dem § 313 Nr. 10 BGB-

[145] Diskussionsentwurf (Fn. 4) 381.

[146] Nach der Kaufrechtsrichtlinie besteht ohnehin ein nicht dispositives Wahlrecht des Käufers (Art. 3 I u. III i.V.m. Art. 7 I Richtlinie 1999/44/EG nach der 10. Begründungserwägung).

[147] Vgl. zusammenfassend zur Rechtslage nach § 634 II BGB: BGH NJW-RR 1998, 1268.

DiskE ohnehin nur im Rechtsverkehr zwischen Privaten Bedeutung hat, und dass zudem auch eine mittelbare Anwendung im Unternehmensverkehr zu verneinen ist[148]. Obwohl es sich damit um eine praktisch wenig bedeutsame Vorschrift handelt, sollte die Begründung die Praxis für die verbleibenden Fälle nicht in die Irre führen. Dies jedoch ist der Fall:

Zunächst wird in der Begründung im Umkehrschluss aus § 313 Nr. 10 e) BGB-DiskE gefolgert, dass Rügefristen für offensichtliche Mängel grundsätzlich zulässig seien[149], was der Rechtsprechung des BGH entspricht[150]. Weiter heißt es, aus der grundsätzlichen Gleichstellung der Falschlieferung durch § 434 III BGB-DiskE mit Sachmängeln folge eine Erweiterung des Anwendungsbereichs dieser Klauseln.

Nach dem Sinn dieser Ausführungen, aber auch im Hinblick auf die systematische Stellung der in Rede stehenden Vorschriften ist damit zunächst gemeint, dass der Verwender im Rahmen des § 313 Nr. 10 e) BGB-DiskE zukünftig Rügeobliegenheiten auch für diejenigen Fälle soll vorsehen können, in denen eine durch § 434 III BGB-DiskE erfasste Falschlieferung vorliegt. Das mag inhaltlich nicht unangemessen sein, hat aber deshalb merkwürdige Konsequenzen, weil sowohl § 434 III BGB-DiskE als auch § 313 Nr. 10 e) BGB-DiskE den Terminus „offensichtlich" verwenden, jedoch in ganz unterschiedlichem Sinnzusammenhang. Nach der Konzeption des Entwurfs darf der Verwender eine Rügefrist für offensichtliche Falschlieferungen vorsehen, es sei denn, die Falschlieferung ist solcher Art, dass sie offensichtlich als Erfüllung nicht in Betracht kommt. Ob es überhaupt möglich ist, diesen engen Bereich zulässiger Rügeklauseln bei Falschlieferungen in eine hinreichend transparente Klausel zu fassen, mag man bereits anzweifeln, kann dies aber der Lösung durch die Kautelarjurisprudenz überlassen.

Nun entnimmt aber die Begründung der gesetzlichen Gleichstellung der von § 434 III BGB-DiskE erfassten Falschlieferungen mit dem Sachmangel, dass die bekannten Klauseln, nach denen der Käufer „offensichtliche Sachmängel" rügen muss, sich ohne weiteres auf Fälle der Falschlieferung erstreckten[151]. Geht man hiervon aus, so ergeben sich für die bislang wirksamen Rügeklauseln Probleme: Nach dem Prinzip, dass Gewährleistungsklauseln den Käufer nicht von der Geltendmachung bestehender Rechte abhalten dürfen, muss dieser erkennen können, dass eine versäumte Rügefrist bei einer nicht von § 434 III BGB-DiskE erfassten Falschlieferung unschädlich bleibt. Der gut beratene Verwender kann diese Probleme zwar vermeiden, indem er etwa klarstellt, dass eine Rügepflicht nicht besteht, wenn er zu wenig oder die falsche Ware liefert. Die Begründung sollte indes nicht suggerieren, dass sich die bislang zulässigen Klauseln problemlos auf sämtliche Fälle der Falschlieferung anwenden lassen.

---

[148] Noch keine gefestigte Praxis hat sich zu der Frage herausgebildet, ob innerhalb des Unternehmensverkehrs wegen §§ 377 ff. HGB zwischen dem kaufmännischen und dem sonstigen Unternehmensverkehr zu unterscheiden ist, was im Ergebnis wohl zu verneinen ist, vgl. *Thomas Pfeiffer* (Fn. 42) § 9, Rn. 132.

[149] Diskussionsentwurf (Fn. 4) 381.

[150] BGH NJW 1998, 3119.

[151] Diskussionsentwurf (Fn. 4) 381.

ddd) § 313 Nr. 10 f) BGB-DiskE

Diese Regel nimmt die bürgerlich-rechtliche Ausdehnung der Gewährleistungsfristen AGB-rechtlich zum Teil, allerdings nicht für den Verbrauchsgüterkauf (hier gilt die besondere Vorschrift des § 212 II BGB-DiskE), zurück. Eine Abweichung vom geltenden Recht liegt mithin vor allem darin, dass auch außerhalb der Verbraucherkaufverträge als Mindeststandard eine einjährige Gewährleistungsfrist vorgesehen ist. Bei Bau- und Baustoffmängeln ist die fünfjährige Verjährungsfrist des § 196 BGB-DiskE allerdings vollständig „AGB-fest" ausgestaltet. Der Geltungsbereich der einjährigen Mindestfrist erfasst daher nur die Lieferung neu hergestellter Sachen außerhalb von Verträgen zwischen einem Unternehmer und Verbraucher (§§ 305 c, 473 BGB-DiskE) und außerhalb der AGB-Verwendung gegenüber einem Unternehmer (§ 314 a I BGB-DiskE). Für diesen engen Bereich ist gegen den schon von der Schuldrechtskommission begründeten sachlichen Gehalt der Vorschrift nichts einzuwenden[152].

Das eigentliche Problem liegt demgemäß an anderer Stelle: Soweit sich der Rechtsgedanke dieser Vorschrift im Unternehmensverkehr auswirken sollte[153], so würde dort der praktisch bedeutsamste Effekt dieser neuen Maßgabe eintreten. Indessen ist angesichts des Angewiesenseins des Unternehmensverkehrs auf schnelle Abwicklung zur Vorsicht zu mahnen. Die richtige Konsequenz aus der Neuregelung für den Unternehmensverkehr ist mithin, dass sich die Frage nach den Grenzen für Verjährungsklauseln neu stellt. Sie kann aber, wie bisher, der Rechtsprechung überlassen werden.

2. Haustürgeschäfte und Fernabsatz

a) Grundentscheidung für eine Integration in das BGB

Die Grundentscheidung für eine Integration dieser Gesetze in das BGB kann sich zunächst auf die Existenz hinreichender Erfahrungen mit dem Haustürwiderrufsgesetz und die Zugehörigkeit des Regelungsgegenstands beider Gesetze zum Recht des Vertragsschlusses stützen[154].

Für die Einfügung des Fernabsatzgesetzes in das BGB spricht demgemäß grundsätzlich insbesondere, dass wesentliche Fragen des Vertragsschlusses im elektroni-

---

[152] Abschlussbericht der Schuldrechtskommission (Fn. 2) 280 ff.

[153] Vgl. zur bisherigen entsprechenden Anwendung des § 11 Nr. 10 f) AGBG BGHZ 90, 273; BGH ZIP 1992, 706.

[154] Zur Zugehörigkeit des Haustürwiderrufsgesetzes zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts vgl. *Brox* (Fn. 68) Rn. 203 ff. (dort auch zum Fernabsatzgesetz und zum Verbraucherkreditgesetz); *Köhler* (Fn. 68) § 15, Rn. 35 ff. (mit Hinweis auch auf das Verbraucherkreditgesetz); *Larenz/Wolf* (Fn. 21) § 39, Rn. 1 ff. (den Vertragsschluss mit Widerrufsrecht ganz allgemein als Rechtsinstitut des Allgemeinen Teils behandelnd); kurze Hinweise finden sich auch bei *Brehm* (Fn. 68) Rn. 180 (dort auch zum Fernabsatzgesetz und zum Verbraucherkreditgesetz); *Pawlowski* (Fn. 68) Rn. 369 (ebenfalls mit zusätzlichem Hinweis auf das Verbraucherkreditgesetz); ferner *Wolf* (Fn. 19) 118 ff.

schen Geschäftsverkehr nicht Regeln außerhalb des BGB unterfallen sollten. Offen ist allerdings, ob es sich dauerhaft bewähren wird, beim organisierten Fernabsatz wegen der mangelnden vorherigen Besichtigung der Ware ein Widerrufsrecht einzuräumen, aber andere Fälle fehlender vorheriger Besichtigung, also den Bestellkauf oder den nicht organisierten Fernabsatz, auszunehmen. Zudem divergiert der Regelungsstil dieses Gesetzes, etwa im kasuistischen Katalog des § 1 III FernAbsG, stärker noch als bei den anderen Nebengesetzen vom BGB. Schließlich ist das Fernabsatzrecht auch wegen der ausstehenden Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen noch nicht hinreichend konsolidiert. Von seiner Einfügung in das BGB sollte jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt abgesehen werden.

b) Standort

Befremden muss der für das Haustürwiderrufsgesetz und das Fernabsatzgesetz gewählte Standort im Besonderen Schuldrecht. Die Begründung verweist darauf, dass die Abschlusssituation oder Vertriebsform eine Besonderheit der dort geregelten Verträge sei.

Das erscheint zunächst insofern nicht überzeugend, als es sich dem sachlichen Gegenstand nach um Recht des Vertragsschlusses handelt, dessen Standort richtigerweise im Allgemeinen Teil anzusiedeln ist[155]. Will man gleichwohl auf einer schuldrechtlichen Einordnung beharren, so ist zu beachten, dass für unterschiedliche Vertragstypen geltende und an deren wirtschaftliche Besonderheiten anknüpfende Regelungen bislang richtigerweise, wie etwa die §§ 311 ff. BGB zeigen, als Teil des Allgemeinen Schuldrechts behandelt wurden. Demgegenüber beruhen die vertraglichen Schuldverhältnisse des Besonderen Schuldrechts auf einem Kernstück des europäischen Vertragsrechts, nämlich der Vertragstypenlehre[156]. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass sich vertragliche Schuldverhältnisse nach ihrer vertragscharakteristischen Pflicht typologisch ordnen lassen. Selbst wenn man zugestehen mag, dass auch das geltende Recht, etwa bei der Einfügung des Vergleichs in das Besondere Schuldrecht, nicht immer ganz konsequent ist[157], bilden Haustür- und Fernabsatzgeschäfte im Besonderen Schuldrecht einen Fremdkörper. Dem Besonderen Schuldrecht ist allein die Vorschrift des § 4 FernAbsG (§ 482 BGB-DiskE) über den Widerruf und den Einwendungsdurchgriff bei finanzierten Verträgen zuzuordnen, die – falls es nach Erledigung der derzeit bestehenden Bedenken zu einer Einfügung der Fernabsatzvorschriften in den Allgemeinen Teil

[155] Vgl. oben Fn. 154.

[156] Vgl. *Thomas Pfeiffer*, Die Bürgschaft unter dem Einfluss des deutschen und europäischen Verbraucherrechts, ZIP 1998, 1129, 1134 m.w.N.; *Grundmann* (Fn. 33) 203, will zwar eine Abkehr des EG-Rechts von diesem Leitbild erkennen; dabei ist jedoch wegen Art. 4 I EVÜ Vorsicht geboten, zumal sich auch der EuGH der Vertragstypenlehre zumindest als Argumentationsfigur bedient, vgl. EuGH, *Berliner Kindl/Andreas Siepert*, NJW 2000, 1323, 1324, Rn. 18.

[157] Den Vergleich behandeln mit Recht als Teil des Allgemeinen Schuldrechts *Wolfgang Fikentscher*, Schuldrecht, 9. Auflage, 1997, § 40; *Dieter Medicus*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, 1999, § 27 II.

(hilfsweise: das Allgemeine Schuldrecht) käme – zwanglos dem Kontext der Vorschriften über den Verbraucherkredit zugeordnet werden könnte.

3. Verbraucherkreditgesetz

Die Einfügung des bisherigen Verbraucherkreditgesetzes in das bisherige Darlehensrecht ist als Zusammenfügung systematisch zusammengehörender Regelungen grundsätzlich zu begrüßen. Für die grundsätzliche Richtigkeit dieser Maßnahme lässt sich insbesondere anführen, dass beispielsweise Art. 8 der EG-Verbraucherkreditrichtlinie schon jetzt zum Teil durch § 609 a I Nr. 2 BGB umgesetzt wird. Insofern entfaltet die Einfügung einen über eine nur formale Integration hinausgehenden Effekt. Auch die für eine Integration zu erwartende dogmatische Durchdringung erscheint – trotz der Detailfreude des Gesetzes – hinreichend fortgeschritten.

Einzelheiten der Einfügung sind hier nicht weiter zu diskutieren[158]. Geboten ist jedoch auch an dieser Stelle die Bemerkung, dass der Entwurf auf die gewachsene Systematik des BGB zu wenig Rücksicht nimmt. Dies zeigt sich vor allem in der Abschaffung des bisherigen Darlehensvertrags zugunsten einer Anknüpfung an den ökonomischen Begriff des Kredits. Ihr Problem liegt nicht nur darin, dass die größere rechtliche Leistungsfähigkeit des Kreditbegriffs gegenüber dem Rechtsbegriff des Darlehens noch offen ist. Die rechtssystematische Fragwürdigkeit der vorgeschlagenen Kategorisierung wird beispielsweise daran erkennbar, dass der Kreditvermittlungsvertrag rechtlich einen besonderen Bestandteil des Maklerrechts bildet und folgerichtig in dessen Kontext hätte eingefügt werden müssen[159].

4. Teilzeitwohnrechte

Soweit es um das Teilzeitwohnrechtegesetz geht, spricht gegen eine Integration in das BGB zunächst, dass dieses seinem Anwendungsbereich nach eine eher am Rande des Zivilrechts liegende, typologisch diffuse Sonderproblematik behandelt. Die dauerhafte praktische Relevanz ihres Regelungsgegenstandes steht einstweilen ebenso noch dahin wie die Bewährung der getroffenen Regelungen. Die Integration seiner Regelung in das BGB ist daher schon unter dem Gesichtspunkt hinreichender Konsolidierung verfrüht.

Vergleicht man den Regelungsgegenstand dieses Gesetzes mit anderen Gesetzen wohnrechtlichen Gehalts, so würde eine Einfügung zudem insofern zu einer Fehlgewichtung führen, als für das Bürgerliche Recht wesentlich bedeutsamere Fragen wie diejenige der Ausgestaltung des Wohnungseigentumsrechts nach wie vor außerhalb des BGB geregelt bleiben.

---

[158] Insofern soll auf den Beitrag von *Köndgen* zum Darlehensrecht im vorliegenden Tagungsband verwiesen werden.

[159] So schon bei der Schaffung des Verbraucherkreditgesetzes *Peter Gilles*, Auf dem Weg zu einem Verbraucherkreditgesetz, ZRP 1989, 299, 303 f.

Ebenso wenig ist die sich aus der Einräumung eines Widerrufsrechts ergebende Parallele zu den Haustürgeschäften, Fernabsatz und Verbraucherkredit durchschlagend. Denn das Widerrufsrecht des § 355 BGB-DiskE ist, wie auch § 4 Gesetz zum Schutz der Fernunterrichtsteilnehmer zeigt, für Verweise aus Nebengesetzen gerade offen, so dass die bloße Anordnung eines Widerrufsrecht keinen zureichenden Grund für die Einfügung in das BGB bildet.

Schließlich bestehen nur schwer lösbare Standortprobleme. Das TzWrG gilt unabhängig von der Art des Wohnrechts, sei es schuldrechtlich, gesellschaftsrechtlich, dinglich oder als Treuhandmodell ausgestaltet[160]. Wie schon bei HaustürWG und FernAbsG ist festzustellen, dass auch beim TzWrG die Einfügung in das Besondere Schuldrecht mit der Systematik des BGB nicht im Einklang steht. Eine Einfügung in den Allgemeinen Teil verbietet sich indes ebenfalls, namentlich aufgrund der mangelnden allgemeinen Relevanz der Regelungen des TzWrG.

Insgesamt ist damit festzustellen: Von einer Einfügung des TzWrG in das BGB sollte abgesehen werden.

VI. Fazit

Bei der Integration der Nebengesetze ergibt sich mithin ein Für und Wider, dessen Abwägung bewertungsabhängig ist. Meine Antwort fällt differenziert aus: Sieht man vom Teilzeitwohnrechtegesetz und derzeit auch dem Fernabsatzgesetz ab, überwiegt der mögliche Gewinn einer Einfügung der Nebengesetze in das BGB im Grundsatz deren Nachteile. Eine überzeugende Zusammenfassung des inzwischen doch sehr verstreuten Vertragsrechts darf aber nur auf eine Weise erfolgen, die das Prädikat „ordnend" verdient.

Hieraus ergeben sich gegen den Entwurf die folgenden Einwände: Erstens nimmt er zu wenig Rücksicht darauf, dass sich die verschiedenen Nebengesetze zur Einfügung in das BGB ganz unterschiedlich eignen. Zweitens nehmen die gewählten Standorte der Einfügung zu wenig Rücksicht auf die Systematik des BGB; eine Einfügung an falscher Stelle muss unterbleiben. Drittens erfordert eine Einfügung unter Berücksichtigung der hier entwickelten Maßgaben eine gründliche Vorbereitung, für die unter dem Termindruck der für die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG geltenden Umsetzungsfrist weder Zeit noch hinreichende Beratungskapazität zur Verfügung steht. Die Einfügung der Nebengesetze sollte also von der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG zeitlich abgekoppelt werden.

---

[160] *Hans Putzo*, in: Palandt (Fn. 35) § 1 TzWrG, Rn. 2.

VII. Thesen

1. Zur Integrationsproblematik allgemein

(1) Die (fast) vollständige Einfügung der Nebengesetze in das BGB ist durch die Schaffung der §§ 13, 14, 241 a, 361 a und 361 b BGB nicht vorgegeben, sondern bedarf einer Begründung in der Sache.

(2) Bei den Nebengesetzen handelt es überwiegend um Richtlinientransformationsrecht. Die Entscheidung für oder gegen eigenständige Transformationsgesetze ist wegen der nach Art. 249 III EGV bestehenden Wahlfreiheit hinsichtlich des Transformationsmittels EG-rechtlich nicht präjudiziert.

(3) Solange es primär Aufgabe des mitgliedstaatlichen Rechts ist, die Fragmente des Europäischen Privatrechts mit dem nationalen Recht zu einem sinnvollen Ganzen zusammenzufügen, muss das Für und Wider einer Einfügung in erster Linie aus nationaler Sicht erwogen werden. In diese nationale Sicht können und müssen aber EG-rechtliche Erwägungen einfließen.

(4) Jede Einfügung muss sich an den Leitgedanken des Kodifikationsprinzips messen lassen. Sie kann also nur dann befürwortet werden, wenn und soweit sie zu einer besseren Ordnung der gesetzlichen Quellen des Bürgerlichen Rechts führt.

(5) Für eine Einfügung spricht danach die Zugehörigkeit des Regelungsgegenstands der Nebengesetze zum Bürgerlichen Recht. Sie ist insofern grundsätzlich geeignet, zu einer systematisch besseren Ordnung des Bürgerlichen Rechts beizutragen. In europäischer Perspektive lässt sie die Mitverantwortung der EG für das Bürgerliche Recht als Ganzes beim Erlass fragmentarischer Einzelrechtsakte sowie das Gebot einer mit dem EG-Recht konformen Auslegung der gesamten Privatrechtsordnung deutlicher hervortreten.

(6) Der Widerspruch zwischen dem abstrakten Kodifikationsstil des BGB und der Detailfreudigkeit des Regelungsstils des Richtlinientransformationsrechts ist ein Integrationshemmnis, allerdings kein zwingendes Hindernis.

(7) Konzeptionelle Widersprüche innerhalb des EG-Richtlinienrechts, insbesondere zwischen den Schutzkonzepten der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und der Klauselrichtlinie, bestehen nach wie vor. Sie sind allerdings (vor allem) eine Folge des verfehlten Konzepts der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG und stehen insofern einer Einfügung der Nebengesetze in das BGB nicht zwingend entgegen.

(8) Der systematische Widerspruch zwischen der vertragsrechtlichen Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff im Recht der Handelsgeschäfte und der Anknüpfung an die Unternehmer-/Verbrauchereigenschaft in den Nebengesetzen steht einer Einfügung in das BGB nicht zwingend entgegen, da allein eine Anknüpfung des Rechts der Handelsgeschäfte an den Unternehmensbegriff, nicht jedoch eine Ausdehnung des Anwendungsbereich der Nebengesetze (beim AGBG: dessen § 24 a) auf alle Nichtkaufleute zur Diskussion steht.

(9) Eine zwar ebenfalls zur „Entfragmentarisierung" beitragende Alternative zur Einfügung in das BGB läge in der Schaffung eines eigenständigen Konsumen-

tenschutzgesetzes. Sie wäre aber Ausdruck einer weiter gehenden Verselbständigung des Verbraucherrechts gegenüber dem Bürgerlichen Recht und ist abzulehnen.

(10) Das Risiko ungewollter wertungssystematischer Verschiebungen innerhalb der Privatrechtsordnung infolge der Einfügung in das BGB ist nicht vollständig auszuschließen. Es wiegt angesichts des bereits erprobten Zusammenspiels zwischen dem BGB und den Nebengesetzen, angesichts eines erkennbaren gesetzgeberischen Willens zu einer nur redaktionell angepassten Einfügung der Nebengesetze sowie angesichts der grundsätzlichen Vereinbarkeit des Verbrauchervertragsrechts mit den Wertungen des BGB nicht schwerer als der Gewinn an systematischer Richtigkeit im Falle einer gelungenen Einfügung in das BGB.

2. Zum AGB-Gesetz

(11) Das Vorhaben einer Integration des AGB-Gesetzes in das BGB ist grundsätzlich zu begrüßen; gegen den vorliegenden Entwurf bestehen Einwände.

(12) Die Vorschriften der bisherigen §§ 1–6 AGBG müssen in den Allgemeinen Teil eingefügt werden. Gegenüber dem Vorschlag einer Einfügung in das Allgemeine Schuldrecht ist die Beibehaltung der bisherigen Rechtslage vorzugswürdig.

(13) Auch die §§ 8 und 9 AGBG sind in den Allgemeinen Teil des BGB einzufügen. Wegen der historischen Wurzel der AGB-Inhaltskontrolle in § 242 BGB ist eine Einfügung in das Allgemeine Schuldrecht vertretbar, wenngleich nicht wünschenswert.

(14) Soweit man den Einwänden gegen eine Einfügung des § 23 I AGBG in das BGB folgen wollte, könnte dieser als Definitionsnorm für das Merkmal der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gefasst werden.

(15) Die Klauselverbote der §§ 10, 11 AGBG sind denjenigen dispositiven Vorschriften des BGB beizufügen, deren Leitbild bzw. konkreter Regelungsgehalt durch das jeweilige Klauselverbot geschützt werden soll.

3. Zum Verbraucherkreditgesetz

(16) Die Einfügung des Verbraucherkreditgesetzes in das bisherige Darlehensrecht ist als Zusammenfügung systematisch zusammengehörender Regelungen grundsätzlich zu begrüßen.

(17) Ob die Anknüpfung an den wirtschaftlichen Begriff des Kredits gegenüber dem Rechtsbegriff des Darlehens vorzugswürdig ist, erscheint nicht hinreichend sicher. Dass diese Anknüpfung rechtliche Zusammenhänge zerreißt, zeigt sich etwa in der durch den Diskussionsentwurf nicht hinreichend berücksichtigten Zugehörigkeit des Kreditvermittlungsvertrags zum Maklerrecht.

4. Zum Haustürwiderrufsgesetz und Fernabsatzgesetz

(18) Die Einfügung des Haustürwiderrufsgesetzes in das BGB ist im Grundsatz zu begrüßen.

(19) Für die Einfügung des Fernabsatzgesetzes in das BGB spricht grundsätzlich zwar, dass nach der gegenwärtigen Rechtslage wesentliche Fragen des Vertragsschlusses im elektronischen Geschäftsverkehr nach Regeln außerhalb des BGB zu beantworten sind. Die dauerhafte Bewährung der Regeln dieses Gesetzes ist aber noch offen; sein besonders kasuistischer Regelungsstil würde im BGB einen Fremdkörper bilden. Die Einfügung zum jetzigen Zeitpunkt erscheint wegen der noch anstehenden Schaffung der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen zumindest verfrüht.

(20) Die Einfügung dieser Gesetze in das Besondere Schuldrecht ist in jedem Fall abzulehnen. Gegenüber einer Einfügung in das Besondere Schuldrecht ist der derzeitige Rechtszustand vorzugswürdig.

5. Zum Teilzeitwohnrechtegesetz

(21) Die Einfügung des Teilzeitwohnrechtegesetzes in das BGB ist abzulehnen.