

*Dr. Truiken J. Heydn*

## **Pandemie und Krieg – Lessons to be learned**

**Warum die strenge AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr abgeschafft werden muss**

### **1. Einleitung**

Seit Beginn der Covid-19-Pandemie befindet sich die deutsche Bundesregierung im Krisenmodus. Während die Pandemie immer noch anhält, ist mit dem Krieg in der Ukraine die nächste Krise ausgebrochen.

Es ist verständlich, dass Regierung und Bundestag sich seit mehr als zwei Jahren hauptsächlich mit dem Management dieser Krisen beschäftigen. Doch nicht nur die unmittelbaren Auswirkungen von Krisen verdienen Aufmerksamkeit, sondern auch die mittelbaren Folgen veranlassen Maßnahmen. Denn derartige Krisen sind Belastungstests für Systeme vielfältigster Art. Das gilt nicht nur für das Gesundheitssystem, die Energieversorgung und die digitale Infrastruktur, sondern auch für die Rechtsordnung. Das Vorhaben der Bundesregierung in der 2021 zu Ende gegangenen Legislaturperiode, das AGB-Recht im unternehmerischen Verkehr zu überprüfen – so war es im Koalitionsvertrag der großen Koalition vereinbart –, ist offenbar im Management der Corona-Krise untergegangen; jedenfalls wurde dieses Vorhaben nicht umgesetzt.

Im nachfolgenden Beitrag wird mit Blick auf die vom BGH entwickelte AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr aufgezeigt, dass es die Rechtsordnung der Wirtschaft erheblich erschwert, auf Krisen zu reagieren, denn den Wirtschaftsakteuren wird eine angemessene Risikoverteilung nahezu unmöglich gemacht. Nicht nur die Pandemie, sondern auch der Krieg in der Ukraine haben gezeigt, dass Unternehmen ein Bedürfnis haben, die Tragung des Risikos etwa infolge der Unterbrechung von Lieferketten oder hoheitlich angeordneter Betriebsschließungen oder die Folgen massiver Preissteigerungen vertraglich zu regeln.

Dass das AGB-Recht im unternehmerischen Verkehr auch aus anderen Gründen dringend reformbedürftig ist, insbesondere im Hinblick auf die Attraktivität des deutschen Rechts und des Wirtschaftsstandorts Deutschland, wurde an anderer Stelle bereits ausführlich dargelegt.<sup>1</sup> Es wäre daher wünschenswert, wenn die jetzige Bundesregierung sich dieses Themas, das seit vielen Jahren in der juristischen Literatur diskutiert wird, nunmehr annehmen würde – nicht trotz, sondern gerade wegen der derzeitigen Krisensituation.

---

<sup>1</sup> *Heydn*, BB 2021, 1420; *Müller*, IWRZ 2018, 153 und NZM 2016, 185; *Armbrüster*, NZA-Beilage 2019, 44; *Pfeiffer*, NJW 2017, 913; *Salger*, IWRZ 2017, 49; *Maier-Reimer*, NJW 2017, 1; *Schlinkert*, ZRP 2017, 222; *Leuschner*, NJW 2016, 1222; *Berger*, NJW 2010, 465; *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658; *Berger/Kleine*, BB 2007, 2137; *Lischek/Mahnken*, ZIP 2006, 158.

## 2. BGH-Rechtsprechung zur Risikoverteilung

### 2.1 BGH: Risikoverteilung zwischen Mieter und Vermieter bei pandemiebedingter Geschäftsschließung

Mit Urteil vom 12. Januar 2022 hat der BGH entschieden, dass bei einer pandemiebedingten Geschäftsschließung dem Gewerberaummieter grundsätzlich ein Anspruch auf Reduzierung der Miete zusteht.<sup>2</sup> Der BGH hat dieses Recht mit einer Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB) begründet, nachdem er das Vorliegen eines Mangels des Mietgegenstandes abgelehnt hatte. Allerdings muss, so der BGH, unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, geprüft werden, ob dem Mieter das Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar ist.

Das Urteil zeigt: Die vertragliche Risikoverteilung zwischen Unternehmen ist von essentieller Bedeutung für das Funktionieren des Wirtschaftslebens und für das Überleben von Unternehmen unter besonderen Bedingungen wie z. B. einer Pandemie. In der Praxis ist es Unternehmen allerdings häufig nicht möglich, in Verträgen das Risiko angemessen zu verteilen. Der Grund dafür ist das restriktive AGB-Recht, das auch in Verträgen zwischen Unternehmen der Verteilung von Risiken enge Grenzen setzt.

Hätten die Parteien in ihrem Gewerberaummietvertrag beispielsweise eine Klausel vereinbart, nach welcher im Falle einer gesetzlich oder behördlich angeordneten Betriebsschließung aufgrund einer Pandemie der Mietzins um die Hälfte reduziert wird, so hätte der BGH diese Klausel möglicherweise aus denselben Gründen als eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB angesehen, aus denen er eine Reduzierung der Miete um die Hälfte im Rahmen des § 313 Abs. 1 BGB als zu pauschal ablehnte: Weil das Risiko einer pandemiebedingten Gebrauchsbeschränkung der Mietsache keine der beiden Vertragsparteien allein treffe, seien bei der vorzunehmenden Abwägung

- die konkreten Nachteile, die dem Mieter durch die Geschäftsschließung entstanden sind,
- die Maßnahmen, die der Mieter ergriffen hat oder ergreifen konnte, um die drohenden Verluste zu mindern,
- die finanziellen Vorteile, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich der pandemiebedingten Nachteile erlangt hat,
- Leistungen einer einstandspflichtigen Betriebsversicherung und
- die Interessen des Vermieters

---

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 12. Januar 2022, XII ZR 8/21, NZM 2022, 99.

zu berücksichtigen.<sup>3</sup> So könnte der BGH auch im Rahmen der Prüfung einer unangemessenen Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB argumentieren.

Diese konkreten Umstände des Einzelfalls entziehen sich jedoch einer Beurteilung im Voraus, wie sie einer Vertragsklausel zwangsläufig zu Grunde zu legen ist. Wollen Unternehmen das Risiko einer pandemiebedingten Betriebsschließung künftig vertraglich regeln, gehen sie ein hohes Risiko ein, dass die Klausel AGB-rechtlich als unwirksam angesehen wird.

Bei der Frage, was eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt, wird nämlich regelmäßig übersehen, dass eine pauschale aber einfache und klare Regelung in Bezug auf ein bestimmtes Risiko zwar im konkreten Anwendungsfall dazu führen kann, dass eine Partei nur unzureichend zu Gunsten der anderen Partei oder übermäßig zu Lasten der anderen Partei kompensiert wird, diese „Ungerechtigkeit“ aber dadurch ausgeglichen wird, dass sich die Parteien nicht über viele Jahre durch mehrere Instanzen über die Risikoverteilung streiten müssen. Eine klare vertragliche Regelung, selbst wenn sie bei ihrer Anwendung im konkreten Fall „ungerecht“ sein mag, hat den erheblichen Vorteil, dass sie Rechtsfrieden schafft und der Vermeidung von langwierigen Rechtsstreitigkeiten dient, die für beide Parteien mit erheblichen Kosten verbunden sind. Ein gewisses Ungleichgewicht im konkreten Einzelfall bei einer hälftigen Zuweisung eines Risikos, auf das keine Partei Einfluss hat, ist daher hinnehmbar, zumal je nach den Umständen des konkreten Einzelfalls einmal die eine und einmal die andere Partei benachteiligt sein kann.

Die Gefahr, dass solche Risikozuweisungsklauseln in Verträgen zwischen Unternehmen später durch die Rechtsprechung auf der Grundlage des AGB-Rechts für unwirksam erklärt werden, ist hoch, aber in der Sache nicht gerechtfertigt. Unternehmen müssen die Möglichkeit haben, Risiken im Voraus vertraglich zu verteilen.

Das gilt nicht nur für Risiken durch Pandemien, sondern gleichermaßen für Risiken durch Krieg, Naturkatastrophen, Revolution, Vertreibung, Hyperinflation usw. Es gibt keinen Grund, die Zuweisung solcher Risiken in Verträgen zwischen Unternehmen einer detaillierten Kontrolle durch die Rechtsprechung zu unterwerfen. Es ist vielmehr ausreichend, die Kontrolle auf eine Sanktionierung grober Abweichungen von guter unternehmerischer Praxis entgegen den Geboten von Treu und Glauben und unter Berücksichtigung internationaler Gepflogenheiten<sup>4</sup> zu beschränken.

---

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 12. Januar 2022, XII ZR 8/21, NZM 2022, 99, 105, Rn. 58 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Heydn, BB 2021, 1420, 1428 f. mit dem Vorschlag, die Inhaltskontrolle in B2B-Verträgen darauf zu beschränken.

## 2.2 BGH: Keine Beteiligung der Kunden an Investitionskosten für die Errichtung von Müllverbrennungsanlagen

Tatsächlich hat das AGB-Recht schon dazu geführt, dass eine vertragliche Risikoverteilung verhindert wurde. Ein Beispiel dafür sind die Urteile des BGH zu Bring-or-pay-Klauseln aus den Jahren 2012 und 2015, in denen die Betreiber von Müllverbrennungsanlagen damit scheiterten, ihre Kunden (Kommunen oder Industrieunternehmen) in angemessenem Umfang an den Investitionskosten für die Errichtung der Müllverbrennungsanlagen zu beteiligen.<sup>5</sup>

Der BGH argumentierte damals, dass das unternehmerische Risiko des Betreibers der Müllverbrennungsanlage, deren Finanzierung und Rentabilität durch eine ausreichende Auslastung abzusichern, durch die Bring-or-pay-Verpflichtung vollständig auf den Kunden verlagert werde und dem Betreiber die Möglichkeit eröffne, die von einem Kunden nicht genutzten, gleichwohl aber voll bezahlten Kapazitäten anderweitig gewinnbringend einzusetzen, ohne dass der Kunde hiervon profitieren könne. Die Bring-or-pay-Verpflichtung diene daher nicht nur der Absicherung von Risiken, sondern sie begründe zugleich zusätzliche Erwerbchancen für den Betreiber, die sich allein zu Lasten des Kunden gerade dann ergeben, wenn der Betreiber seine Verpflichtung zur Abnahme der festgelegten Abfallmengen nicht erfüllen muss.<sup>6</sup>

Dabei übersah der BGH allerdings, dass der Betreiber der Müllverbrennungsanlage nur ein Risiko, nämlich das der nicht vollständigen Auslastung, auf die Kunden verteilte, während alle anderen Risiken bei dem Betreiber verblieben, beispielsweise die Risiken höherer Kosten, insbesondere höherer Energiekosten, oder auch des Ausfalls eines Kunden durch Insolvenz.<sup>7</sup> Zudem ist nicht nachvollziehbar, wie der Betreiber die nicht genutzte Kapazität anderweitig nutzbringend einbringen können soll, solange er gegenüber seinen Vertragspartnern zur Abnahme von deren Abfall verpflichtet bleibt.<sup>8</sup> Es handelt sich bei derartigen Verträgen um langfristige Verträge mit einer Vertragslaufzeit in der Größenordnung von zehn Jahren oder mehr<sup>9</sup>. Wo hätte der Betreiber so kurzfristig anderweitigen Müll herbekommen sollen, um die kurzfristig durch die rein faktische Anlieferung von geringeren Mengen freigewordenen Kapazitäten zu nutzen?

Der entscheidende Eingriff des BGH in die Freiheit von Unternehmen, Risiken vertraglich zuzuweisen, liegt darin, dass der BGH in der ersten Bring-or-pay-

---

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 22. November 2012, VII ZR 222/12, NJW 2013, 856 – bring or pay I und Urteil vom 22. Oktober 2015 – VII ZR 58/14, NZM 2016, 408 – bring or pay II.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 22. November 2012, VII ZR 222/12, NJW 2013, 856 – bring or pay I, Rn. 20.

<sup>7</sup> *Maier-Reimer*, NJW 2017, 1, 5.

<sup>8</sup> *Maier-Reimer*, NJW 2017, 1, 5.

<sup>9</sup> So war es im Fall bring or pay I: Der Betreiber hatte zunächst 17 Jahre Vertragslaufzeit vorgeschlagen, die Parteien einigten sich sodann auf zehn Jahre mit Verlängerungsoption, BGH, Urteil vom 22. November 2012, VII ZR 222/12, NJW 2013, 856.

Entscheidung<sup>10</sup> den Umstand, dass der Betreiber zuerst die Auslastung der Anlage durch den Abschluss von langfristigen Verträgen sicherstellte und erst danach die Anlage baute, nachdem die Verträge abgeschlossen waren, gänzlich unberücksichtigt ließ.<sup>11</sup> Damit hat der BGH dem Geschäftsmodell, die Finanzierung von Investitionen durch den vorherigen Abschluss langfristiger Verträge sicherzustellen, eine Absage erteilt.<sup>12</sup>

Die volkswirtschaftliche Auswirkung dieser Rechtsprechung ist klar: Investoren, denen es nicht möglich ist, mit derartigen Geschäftsmodellen die Finanzierung der Errichtung von Anlagen sicherzustellen, werden entweder von Investitionen Abstand nehmen oder aber ins Ausland abwandern, ihre Anlagen dort errichten und betreiben, und mit deutschen Kunden Verträge nach ausländischem Recht abschließen, unter dem solche Klauseln wirksam und durchsetzbar sind. Der Wirtschaftsstandort Deutschland verliert dadurch an Attraktivität, der deutsche Fiskus verliert Steuereinnahmen, und der Transport von deutschem Müll oder sonstigen Materialien über lange Strecken zur Bearbeitung in ausländischen Industrieanlagen ist kostspielig. Die Kosten werden selbstverständlich auf die deutschen Kunden und durch diese wiederum letztlich auf die Verbraucher umgelegt, die für die Entsorgung ihres Mülls dementsprechend mehr zu bezahlen haben. Ökonomisch und ökologisch sinnvoll ist das nicht.

### **3. Risiken durch Krisen**

Auch bei der pandemie- oder kriegsbedingten Unterbrechung von Lieferketten spielt die Risikoverteilung zwischen den an der Lieferkette beteiligten Unternehmen eine wichtige Rolle. Höchstrichterliche Rechtsprechung existiert hierzu bislang – soweit ersichtlich – nicht. Hersteller, die für ihre Produktion ihrerseits auf Zulieferteile aus Ländern angewiesen sind, in denen pandemiebedingt (z. B. China) oder kriegsbedingt (z. B. Ukraine) Produktion und Transport von Gütern massiv beeinträchtigt sind, haben ein großes Interesse daran, diese Risiken mit ihren Abnehmern, beispielsweise Vertragshändlern, zu teilen und die Risikoteilung in ihren Verträgen zu regeln. Ohne vertragliche Regelung trifft den Schuldner aufgrund der Verschuldensvermutung in § 280 Abs. 1 Satz 2 und § 286 Abs. 4 BGB die vollumfängliche Beweislast dafür, dass er seine Nicht- oder Spätleistung nicht zu vertreten hat.

Wie drängend die aus solchen Krisen resultierenden juristischen Probleme sind, ist bereits daraus ersichtlich, dass der Verlag C.H. Beck als Reaktion auf die Covid-19-Pandemie und auf den Krieg in der Ukraine jeweils eigene Zeitschriften ins Leben gerufen hat: Die Zeitschrift COVID-19 und Recht (COVuR) erschien von Mai bis Dezember 2020 zweimal im Monat, seit 2021 einmal im Monat, und seit April dieses Jahres gibt es die Zeitschrift Ukraine-Krieg und Recht (UKuR), die im 14-tägigen

---

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 22. November 2012, VII ZR 222/12, NJW 2013, 856 – bring or pay I.

<sup>11</sup> *Maier-Reimer*, NJW 2017, 1, 5.

<sup>12</sup> *Maier-Reimer*, NJW 2017, 1, 5.

Erscheinungsrhythmus praxisrelevante Fragen des Wirtschaftsrechts mit Bezug zum Handel mit Russland und der Ukraine beleuchtet<sup>13</sup>.

## 4. Störung der Geschäftsgrundlage

### 4.1 Mangelnde Praktikabilität

Wie das bereits erwähnte Urteil des BGH zur Reduzierung der Miete bei pandemiebedingter Geschäftsschließung<sup>14</sup> anschaulich zeigt, ist die Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB ein nur wenig praktikables Instrument zur Reaktion auf erheblich veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen. Denn wegen der gebotenen Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls erfordert die Anwendung von § 313 BGB häufig die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe.

§ 313 BGB verweist darauf, dass die vertragliche Risikoverteilung einen Umstand des Einzelfalls darstellt, der zu berücksichtigen ist. Wenn bereits im Vertrag Risiken angemessen auf beide Parteien verteilt werden, auf deren Ursache keine der Vertragsparteien Einfluss hat, wird sich eine Anwendung von § 313 BGB häufig erübrigen. Es ist daher generell vorzugswürdig, die Verteilung von Risiken im Voraus vertraglich zu regeln, statt den Vertrag im Nachhinein über § 313 BGB in einem Prozess, möglicherweise durch mehrere Instanzen, anzupassen.

Das erfordert aber, dass die vertraglich vereinbarte Risikoverteilung wirksam und durchsetzbar ist, denn eine AGB-rechtlich unwirksame vertragliche Risikoverteilung wäre auch im Rahmen von § 313 BGB nicht zu berücksichtigen.

### 4.2 Keine Lösung für Vertragsabschlüsse nach Bekanntwerden des Risikos

Ist allerdings das Risiko im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits bekannt, kommt eine Anpassung des Vertrages über § 313 BGB nicht mehr in Betracht. Denn dann fehlt es bereits an einer Veränderung „nach Vertragsschluss“. Daraus folgt: Für Verträge, die nach dem 24. Februar 2022 geschlossen wurden, kommt eine Vertragsanpassung wegen Folgen des Ukraine-Krieges ebenso wenig in Betracht<sup>15</sup> wie eine Vertragsanpassung wegen Geschäftsschließung infolge der Covid-19-Pandemie für Verträge, die nach Erlass der ersten Lockdown-Allgemeinverfügungen der Landesregierungen im März 2020 geschlossen wurden<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> So die Vorstellung der Zeitschrift durch Herausgeber, Schriftleitung und Verlag, UKuR 2022, 1.

<sup>14</sup> BGH, Urteil vom 12. Januar 2022, XII ZR 8/21, NZM 2022, 99.

<sup>15</sup> Vgl. zur Anpassung von Bauverträgen gemäß § 313 BGB wegen höherer Baustoffpreise infolge des Ausbruchs des Ukraine-Krieges *Leinemann*, UKuR 2022, 53, 55.

<sup>16</sup> Umkehrschluss aus BGH, Urteil vom 12. Januar 2022, XII ZR 8/21, NZM 2022, 99, 103, Rn. 45.

Für Verträge, die später abgeschlossen wurden und in Zukunft noch abgeschlossen werden, steht § 313 BGB wegen Auswirkungen des Ukraine-Krieges und der Covid-19-Pandemie, beispielsweise im Falle einer neuen Infektionswelle mit neuen Virusvarianten und erneuten Lockdowns (etwa weil die bislang verfügbaren Impfstoffe gegen die neuen Virusvarianten nicht wirken), oder im Falle weiterer Preisexplosionen aufgrund weiterer Wirtschaftssanktionen gegen Russland, nicht zur Verfügung.

Die Parteien sind bezüglich der Risikoverteilung auf sich gestellt, und wegen der strengen AGB-Rechtsprechung des BGH ist der Spielraum für Vertragsklauseln auch in B2B-Verträgen sehr eng.

## **5. Kaum Spielraum für kreative Geschäftsmodelle**

Die Bring-or-pay-Rechtsprechung des BGH zeigt, dass der enge Spielraum für Vertragsklauseln unmittelbar kreative Geschäftsmodelle zunichtemacht.

So sind etwa Geschäftsmodelle dahingehend denkbar, dass in Energielieferverträgen zwischen Unternehmen vereinbart wird, dass der Kunde massive Preissteigerungen dadurch abfangen darf, dass er auf seinen Betriebsgebäuden Photovoltaikanlagen installiert und den auf diese Weise selbst erzeugten Solarstrom zu Preisen an den Anbieter verkaufen darf, die über den üblichen Einspeiseentgelten für Solarstrom liegen. Denn allein mit dem Kündigungsrecht nach Ankündigung einer Preiserhöhung ist weder dem Kunden, der die Energie benötigt, noch dem Anbieter, der die Energie weiterhin verkaufen möchte, geholfen.

In Anlagenbauverträgen zwischen Unternehmen könnten Preisanpassungs- und Leistungsänderungsrechte des Auftragnehmers dahingehend vereinbart werden, dass dieser Preise in einem gewissen Umfang nachträglich erhöhen und Materialien, die nicht oder nicht zeitnah oder nur zu unverhältnismäßig hohen Preisen verfügbar sind, durch andere als die vereinbarten Materialien ersetzen darf, wenn diese im Wesentlichen gleichwertig sind.

Die Modalitäten und Verfahren vereinbarter Vertragsanpassungen wie Nachweis der Preissteigerungen, Vermutungswirkungen, primäre und sekundäre Beweislast sollten ebenfalls einer vertraglichen Regelung zugänglich sein.

Solange über derartigen Vereinbarungen das Damoklesschwert der AGB-rechtlichen Unwirksamkeit hängt, wird die in Krisenzeiten dringend benötigte Kreativität der Unternehmen unnötig behindert.

## **6. Fazit**

Als eine der „Lessons to be learned“ sowohl aus der Pandemie als auch aus dem Ausbruch des Ukraine-Krieges kann festgehalten werden, dass den Unternehmen die Freiheit, die Risikoverteilung vertraglich zu regeln, zurückgegeben werden sollte und deshalb das AGB-Recht hinsichtlich der Geltung zwischen Unternehmen reformiert werden muss.