

Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz im nichtkaufmännischen Bereich

Eine Zwischenbilanz nach sechs Jahren

Von Rechtsanwalt Wolfgang BOHLE, Berlin, und Dr. Hans W. MICKLITZ, Bremen

Inhaltsübersicht

I. Vorbemerkung	2	3. These: Das Verständnis des rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittsverbrauchers entscheidet darüber, ob Gewährleistungsansprüche unberührt bleiben, wenn in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Garantie die Rede ist.	14
II. Kontrollrahmen des AGB-Gesetzes	2	3. Reparaturbedingungen im Kfz- und Elektrohandwerk sowie im Chemisch-Reinigungsgewerbe	14
1. Tragende gesetzliche Grundlagen	2	1. These: Die Rechtsprechung ist bemüht, die Entscheidungsautonomie des Verbrauchers wieder herzustellen.	15
a) AGB-Begriff – Problematik der Individualvereinbarung	2	2. These: Die Verbesserung der Entscheidungsautonomie des Verbrauchers durch die Rechtsprechung behindert eine kollektive Lösung des der Klausel zugrundeliegenden Problems.	16
b) Der Weg zur Inhaltskontrolle	3	3. These: Der Unterschlagung von im AGB-Gesetz gewährten Rechten kann nicht wirksam begegnet werden.	16
c) Verbandsklage (§ 13 AGB-Gesetz)	5	4. These: Der Rechtsschutz des Verbrauchers ist umso effektiver, desto unwichtiger die Klausel für ihn ist.	17
2. Die Akteure	7	5. These: Je näher die Klausel an den „verbotenen“ inneren Kreis des Preis/Leistungsverhältnisses heranreicht, desto stärker verlagert sich die Notwendigkeit der gewünschten Rechtsfortbildung von der Justiz weg auf Verhandlungsinstanzen.	17
a) Der Verbraucherschutzverein	7		
b) Die Verbraucherzentralen Baden-Württemberg, Hamburg und Nordrhein-Westfalen	7		
c) Das Bundeskartellamt	8		
3. Quantitative Aspekte der Gesetzesimplementation	8	IV. Auswertung der Rechtsprechung zu Verfahrensfragen (§§ 13–21 AGB-Gesetz)	18
a) Die Rechtswissenschaft	8	1. These: Notwendigkeit der Abmahnung – die Reduktion der Verbandsklage auf einen quasi-deliktischen Abwehranspruch.	18
b) AGB-Register beim Bundeskartellamt	8	2. These: Vertragsstrafe – die fehlende Bemessungsgrundlage führt zu einem partiellen Blockierungseffekt bei der Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs.	19
c) Abmahnungen und Urteile des Verbraucherschutzeinstituts und der Verbraucherzentralen	9	3. These: Wiederholungsgefahr – die unterschiedliche Praxis der Instanzgerichte beeinflusst den Zeitpunkt der Klageerhebung.	19
d) Verbreitung der Konditionenempfehlungen	9	4. These: Die einstweilige Verfügung ist kein taugliches Mittel, um Grundsatzentscheidungen zu erstreiten, sondern ist eher als Sanktionsmöglichkeit zur Durchsetzung gefestigter Rechtsprechung geeignet.	20
III. Auswertung der Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle (§§ 9–11 AGB-Gesetz)	10	5. These: Aufbrauchfristen – oder wie rechtswidrige AGB noch jahrelang im Geschäftsverkehr bleiben können?	20
1. Preisklauseln	10	6. These: Geltungserhaltende Reduktion – die Rechtsprechung im Spannungsfeld zwischen verbotener Reduktion und erlaubten Hinweisen zur Rechtsfortbildung.	21
1. These: Das Verbot formularmäßiger Preiserhöhungen innerhalb eines Zeitraumes von vier Monaten zwischen Vertragsschluß und vereinbarter Lieferfrist repräsentiert einen absoluten Mindestschutz, der in AGB unabhängig von wirtschaftlichen Entscheidungen der Disposition des AGB-Verwenders/AGB-Empfängers entzogen ist.	10	7. These: Die Rückwirkung von Urteilen, oder muß die Automobilindustrie Tausenden von Käufern Teile des Kaufpreises erstatten?	21
2. These: Preiserhöhungen über den absoluten Mindeststandard von vier Monaten hinaus knüpft die Rechtsprechung an den Verwender treffende Kostensteigerungen und entzieht die Preisänderung dem marktwirtschaftlichen Preisbildungsprozeß.	11		
3. These: Ein vom Verwender einzuräumendes Rücktrittsrecht ab einer prozentualen Überschreitung des vereinbarten Kaufpreises soll die Schwierigkeiten einer nach Kostengesichtspunkten orientierten zulässigen Preiserhöhung ausgleichen.	12	V. Würdigung	22
4. These: Eine relative Festschreibung des Vertragspreises bei Einräumung eines Rücktrittsrechts ist nur auf dem Verhandlungswege möglich.	12		
2. Gewährleistung/Garantie	12		
1. These: „Gekauft wie besichtigt und unter Ausschluß jeder Gewährleistung“ oder der Bestandsschutz etablierter Marktpraktiken im Gebrauchtwagenhandel	12		
2. These: Die Berücksichtigung der kaufvertraglichen Praxis entgegen den Gewährleistungsvorschriften des BGB markiert die Grenzlinie der Abweichung vom dispositiven Recht.	13		

I. Vorbemerkung¹

Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. 12. 1976, in Kraft getreten am 1. 4. 1977, hat zu einer Intensivierung der Rechtsfortbildung geführt, die in diesem Umfang wohl von niemandem vorhersehbar war. Nach der amtlichen Begründung soll das AGB-Gesetz „die Überlegenheit des AGB-Verwenders durch Schutzvorschriften zugunsten des AGB-Unterworfenen sachgerecht und vernünftig ausgleichen“². Adressat des Gesetzes sind demnach Kaufleute und Nichtkaufleute. Faktisch ist der doppelte Schutzzweck³ des AGB-Gesetzes bislang nicht zum Tragen gekommen. Denn mehr als 90 % der angestregten Klageverfahren nach § 13 AGB-Gesetz wurden von Verbraucherorganisationen eingeleitet. Das AGB-Gesetz erweist sich⁴ als reines Verbraucherschutzgesetz, dessen Um-

fang und Ausmaß durch die Rechtsprechung konkretisiert wird. Der Beitrag erhebt keinen Anspruch darauf, die Rechtsentwicklung vollständig wiederzugeben. Insoweit sei auf die vom Bundesjustizministerium geförderte Studie verwiesen, die von Bunte durchgeführt worden ist und kurz vor dem Abschluß stehen dürfte. Uns kommt es darauf an, die zentralen Leitlinien der Rechtsprechung in materieller und verfahrensrechtlicher Hinsicht herauszuarbeiten, um die Stoßrichtung der bislang geleisteten Rechtsfortbildung zu verdeutlichen⁵. Dieser Zielsetzung dient die Aufbereitung der Rechtsprechungsergebnisse in Thesenform. Vorab sind jedoch als Einstieg in den Erfahrungsbericht einige Vorfragen der Inhaltskontrolle zu klären, um den Zugriffsräumen der Verbandsklage zu erhellen.

II. Kontrollrahmen des AGB-Gesetzes

Auf eine Darstellung der einzelnen Vorschriften wurde bewußt verzichtet. Die tragenden gesetzlichen Grundlagen (1.) bezeichnen demgegenüber den kategorialen Rahmen, in dem sich die im Wege der Verbandsklage vorzunehmende Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bewegt. Im Vorfeld der Inhaltskontrolle, §§ 1-6 AGB-Gesetz, gilt es eine Reihe von Hindernissen aus dem Weg zu räumen, deren Inhalt und Ausmaß sich infolge der Konkretisierung durch die Rechtsprechung inzwischen abschätzen läßt. Umgekehrt wirkt die Besonderheit des abstrakten Verbandsklageverfahrens auf den Umfang der Inhaltskontrolle zurück. Die Akteure (2.) des Verbandsklageverfahrens sind in der Öffentlichkeit weitgehend unbekannt, wengleich sie maßgeblich mit der Auswahl der Klaggegner bzw. des Sachgebietes auf die Rechtsfortbildung Einfluß nehmen. Quantitative Aspekte der Gesetzesimplementierung (3.) unterstreichen die Relevanz der bislang geleisteten Kontrolltätigkeit.

I. Tragende gesetzliche Grundlagen

a) AGB-Begriff - Problematik der Individualvereinbarung

Mit der Legaldefinition in § 1 hat der Gesetzgeber die Begriffsbestimmung Allgemeiner Geschäftsbedingungen und damit den Anwendungsbereich des Gesetzes weit gesteckt und gleichzeitig negative Abgrenzungskriterien zur reinen Individualvereinbarung gesetzt. Zwischen diesen beiden Polen liegt der Wirkungsbereich des § 1 Abs. 2, der sogenannte ausgehandelte Vertragsbedingungen der Anwendung des Gesetzes entzieht, aber dogmatisch-systematisch zunächst Vertragsbedingungen im Sinne von § 1 Abs. 1 voraussetzt.

§ 1 Abs. 2 enthält somit keine positive Definition der Individualabrede schlechthin, sondern qualifiziert Allgemeine Geschäftsbedingungen als Individualabreden, soweit sie frei ausgehandelt sind. § 1 Abs. 2 umschreibt eine besondere Kategorie von Individualvereinbarungen, die durch das tragende Merkmal des Aushandelns gekennzeichnet sind⁶.

Der Auslegung des Begriffs „Aushandeln“ kommt wegen seiner richtungsweisenden Funktion wesentliche Bedeutung zu. Trotz mehrjähriger Geltung des Gesetzes ist die Diskussion noch nicht abgeklungen. In einem noch nach altem Recht ergangenen Urteil des BGH vom 15. 12. 1976 - IV ZR 197/75 -⁷, das jedoch für die Auslegung des § 1 Abs. 2 nach wie vor grundlegend ist, nahm der BGH eine verwehrendfreundliche Position ein. Er bejahte ein „Aushandeln“ bereits bei der für den anderen Vertragsteil erkennbaren Bereitschaft des Verwenders zur Abänderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dieses Urteil ist in der Literatur zu Recht auf erhebliche Kritik gestoßen, weil es die Anforderungen an den Begriff des „Aushandelns“ auf ein Minimum reduziert und so die Möglichkeit eröffnet, den durch das AGB-Gesetz bezweckten Kundenschutz zu unterlaufen⁸. Der

Begriff „Aushandeln“ sei ergebnisbezogen, als Resultat gegenseitigen Gebens und Nehmens erfordere er mehr als bloßes Verhandeln und erst recht als die bloße, wenn auch erkannte Verhandlungsbereitschaft. Diese Kritik hat sich das OLG Celle im Urteil vom 28. 10. 1977 - 11 U 72/77⁹ zu eigen gemacht. Von einem Aushandeln könne nur bei stattgefundenener tatsächlicher Einflußnahme gesprochen werden. Ob die Einflußnahme Ausdruck in einer Abänderung des vorformulierten Textes finden muß, wie zum Teil gefordert¹⁰, blieb offen, wenn das Urteil auch eine entsprechende Tendenz dazu erkennen ließ. Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung hält jedoch an der Grundsatzentscheidung vom 15. 12. 1976 fest¹¹. Ohne die Streitfragen, die sich um die Vorschrift des § 1 Abs. 2 ranken, zu vertiefen¹², läßt sich feststellen, daß der Gesetzgeber mit dem Vorbehalt der Individualabrede gemäß § 1 Abs. 2 die für Verwender wenigstens im außergerichtlichen Bereich relativ leicht zu realisierende Möglichkeit geschaffen hat, sich der Kontrolle des AGB-

1 Überarbeitete Fassung eines Vortrages, den die Verfasser auf einem von der Kommission der Europäischen Gemeinschaft finanzierten Workshop am 16./17. Dezember 1982 in Louvain-la-Neuve, Belgien, zum Thema „The Legal Treatment of Unfair Contract Terms: Effective Implementation and Final Impact on The Consumer“ gehalten haben. Mehrere Autoren haben aus Anlaß des jährigen Bestehens ein Resumée gezogen: Bunte, AcP 1981 S. 31 ff., derselbe, DB Beilage Nr. 13/82; Ulmer, BB 1982 S. 584 ff.

2 Amtliche Begründung des RegE; BT-Drucksache 7/3919 S. 13.

3 Zu der Diskussion um den Schutzzweck des AGB-Gesetzes vgl. die Kontroverse zwischen Reich, ZVP 1978 S. 236 ff., und Ulmer, ZVP 1978 S. 248 ff.

4 Die Bedeutung des AGB-Gesetzes im kaufmännischen Bereich ist noch weitgehend ungeklärt; eine bedeutsame Auseinandersetzung spielt sich derzeit zwischen den Opel-Vertragshändlern und der Adam Opel AG um die Zulässigkeit diverser Klauseln in den Vertragshändlerverträgen ab: OLG Frankfurt a. M., 30. 6. 1983, BB 1983 S. 1435 ff. nicht rechtskräftig.

5 Ursprünglich war vorgesehen, die Kontrolltätigkeit des Bundeskartellamtes in die Analyse einzubeziehen. Hierzu wäre eine Aktenanalyse notwendig, die in der Kürze der Zeit nicht zu leisten war, vgl. noch unter II 2 c.

6 Trinkner, BB 1977 S. 60 ff.

7 BGH, NJW 1977 S. 624 ff.

8 Löwe, NJW 1977 S. 1328, derselbe, JuS 1977 S. 423 f.; Heinrichs, NJW 1977 S. 1508; Trinkner, BB 1977 S. 717 f.

9 OLG Celle, NJW 1978 S. 326 ff.

10 Koch/Stübing, AGBG 1977, § 1 Rdnr. 47; Graf von Westphalen, DB 1977 S. 946; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, AGBG 1977, § 1 Rdnr. 29.

11 BGH, NJW 1979 S. 367; NJW 1982 S. 2316 ff.

12 Vgl. Reich/Micklitz, Verbraucherschutzrecht in der BRD, 1980, Rdnr. 271; Befürchtungen, daß dem Verbraucher seine Rechte durch einen Preisnachlaß abgekauft werden, haben sich nicht bewahrheitet, vgl. Reich/Micklitz, a.a.O., Rdnr. 318; ähnlich Bunte, AcP 1981 S. 37; die englische Praxis scheint anders zu sein, wobei die Gerichte einer entsprechenden Argumentation folgen; Woodroffe, Valuation of Initiatives on unfair contract terms in the United Kingdom, 3: Referat 1982 Louvain-la-Neuve.

Gesetzes durch den Anschein des „Aushandelns“ zu entziehen. Auf Vertragsformularen, Auftragsbestätigungen etc. finden sich Klauseln, die die Vertragsbedingungen oder Teile davon als im einzelnen ausgehandelt bezeichnen; Versuche, die sich zwar im gerichtlichen Verfahren als untauglich erweisen, jedoch im außergerichtlichen Verfahren gegenüber juristisch nicht vorgebildeten Vertragspartnern durch ihre Wirkung zeitigen dürften.

Die Kontroverse um die Auslegung des Begriffs „Aushandeln“ in § 1 Abs. 2 wird durch die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zur Gewährleistung beim Haus- und Wohnungsbau erheblich relativiert. Der BGH legt nämlich den Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen extensiv aus und befindet sich auf dem Wege zur Inhaltskontrolle notarieller Einzelverträge. In den Urteilen des BGH vom 5. 4. 1979 – VII ZR 308/77 – und vom 6. 5. 1982 – VII ZR 74/81¹³ ging es darum, ob eine im vorgefertigten Vertragstext einer Notariatsurkunde enthaltene als typisch zu kennzeichnende umfassende Gewährleistungsausschlussklausel der Inhaltskontrolle zu unterwerfen ist. Zwar hatte der BGH bereits in einer Reihe von Urteilen die richterliche Inhaltskontrolle vorformulierter Regelungen in notariellen Verträgen befürwortet¹⁴. Diese Entscheidungen betrafen jedoch Freizeichnungsregelungen, die von gewerbsmäßigen Bauträgern in Serienvträgen verwendet wurden, während die Urteile vom 5. 4. 1979 und 6. 5. 1982 Einzelverträge unter Privaten behandelten. Diese Unterscheidung zog der BGH nicht heran. Er stellte vielmehr den Veräußerer, der sich eine solche, häufig vorkommende Freizeichnung einseitig zunutze macht, einem Verwender gleich, der sich das vom Notar stammende Formular wie ein von einem Dritten ausgearbeitetes Vertragsmuster selbst beschafft hat und es dann gegenüber dem Vertragspartner zugrundelegt. Denn – so hebt der BGH hervor – das schutzwürdige Interesse des Käufers, der von dieser Klausel einseitig zu seinem Nachteil betroffen wird, sei nicht geringer als in denjenigen Fällen, in denen der Veräußerer selbst die Verwendung eines bestimmten Vertragsmusters verlangt.

Das bloße Verlesen des Vertragstextes und eine darauf folgende allgemeine Belehrung des Notars reicht zur Begründung eines Individualvertrages nicht aus. Der BGH will eine solche Haftungsfreizeichnung nur dann als Individualabrede gelten lassen, wenn sie Gegenstand ausführlicher Belehrung und besonderer Vereinbarung gewesen ist. Wobei der BGH offen läßt, was darunter zu verstehen ist. Zwar betreffen die Entscheidungen noch nach altem Recht zu beurteilende Sachverhalte. Die tragenden Aussagen beider BGH-Urteile haben jedoch unmittelbar für das AGB-Gesetz Relevanz. Denn der BGH integriert in seine Entscheidung Tatbestandsmerkmale des § 1 und verweist zustimmend auf das Urteil des OLG München vom 8. 10. 1980 – 27 U 303/80 –¹⁵, das seinerseits Bezug nimmt zur Entscheidung des BGH vom 5. 4. 1979.

Ungeachtet der Kritik¹⁶ und der Zustimmung¹⁷, die beide Entscheidungen erfahren haben, ungeachtet methodischer Ungereimtheiten in der Entscheidungsfindung und verbleibender Zweifelsfragen ist als Ergebnis zu konstatieren, daß der BGH im Interesse eines effektiven Kundenschutzes bereit zu sein scheint, AGB-spezifische Kontrollinstrumentarien über vorgegebene Begriffsmerkmale hinaus noch dort anzuwenden, wo der Bereich des Individualvertrages längst erreicht ist, sofern nur eine gleichgelagerte Schutzbedürftigkeit des Kunden angenommen werden kann.

b) Der Weg zur Inhaltskontrolle

(1) Liegen Vertragsbedingungen im Sinne des § 1 vor, so können diese den Vertrag selbst nur gestalten, wenn sie in das Vertragsverhältnis wirksam einbezogen, also Vertragsinhalt geworden sind. Während die Regelung des § 2 im kaufmännischen Verkehr keine Anwendung findet, ist sie für den Verbraucherbereich zwingend vorgeschrieben und enthält damit eine Verbesserung hinsichtlich des vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes bestehenden Rechtszustandes, wonach solche Vertragsbedingungen auch dann Vertragsinhalt wurden, wenn der nichtkaufmännische Vertragspartner mit der

Existenz solcher Bedingungen in der betreffenden Branche rechnen mußte¹⁸.

Die Gerichte haben sich im Verbandsklageverfahren mehrfach mit Fragen des § 2 auseinandersetzen müssen. Zwei – in der Literatur kontrovers diskutierte – Problembereiche standen dabei im Mittelpunkt:

– Liegt eine beweislasternde – und damit unzulässige – Tatsachenbestätigung vor, wenn der Verwender die zwingenden und im Streitfall von ihm zu beweisenden Einbeziehungs Voraussetzungen in die Form einer Bestätigungsklausel kleidet?

– Führt die bloße Verweisung auf andere Klauselwerke in zum Vertragsinhalt gemachten AGB dazu, daß auch jene in Bezug genommenen AGB zum Vertragsinhalt werden?

Bestätigungsklauseln sind unabhängig von der jeweiligen Wirtschaftsbranche anzutreffen. Sie lauten häufig etwa so:

„Aufgrund der umstehenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen, von denen ich Kenntnis genommen habe und mit deren Geltung ich einverstanden bin, bestelle . . .“

Während einige Instanzgerichte wort- bzw. inhaltsgleiche Klauseln als mit § 11 Nr. 15 b AGB-Gesetz nicht vereinbar verboten haben¹⁹, hat der BGH durch Urteil vom 1. 3. 1982 – VIII ZR 63/81 –²⁰ die Inhaltskontrolle mit der Begründung abgelehnt, die Klausel gebe nicht mehr als die in § 2 festgelegten Einbeziehungs Voraussetzungen wieder. Die überwiegend vom Gedanken des Kundenschutzes getragene Rechtsprechung des BGH erwies sich hier als wenig verbraucherfreundlich und relativiert die durch § 2 im Verbraucherbereich erreichte Verbesserung erheblich. Denn mit der Zulässigkeit einer formularmäßigen Bestätigung bejaht der BGH zugleich die Frage der Lesbarkeit und Verständlichkeit einseitiger AGB. Gerade diese Merkmale konkretisieren jedoch den Begriff der „zumutbaren Kenntnisnahme“. Letztere ist z. B. nicht gegeben, wenn die AGB nicht aus sich heraus verständlich sind oder keine durchschnittlich lesbare drucktechnische Gestaltung²¹ haben. Da der Kunde trotz der Bestätigungsklausel die AGB erfahrungsgemäß nicht gelesen haben wird, werden Lesbarkeit und Verständlichkeit zu Lasten des Kunden fingiert. Auch die Berufung auf den Überraschungstatbestand des § 3 AGB-Gesetz wird mit der Billigung der Klausel gefährdet. Denn wer etwas zur Kenntnis genommen hat, kann schwerlich später davon überrascht werden. Richtigerweise hätte der BGH die Klausel gemäß § 11 Nr. 15 b für unwirksam erklären müssen. Daß eine solche Bestätigungsklausel an der Beweislastverteilung im Ergebnis nichts zu ändern vermag, spricht nicht für deren Zulässigkeit²². Denn dies haben alle beweislasternden

13 BGH, NJW 1979 S. 1406; NJW 1982 S. 2243 ff.

14 BGH, NJW 1974 S. 1135; BB 1975 S. 442; NJW 1976 S. 515 f.; NJW 1976 S. 1934.

15 OLG München, NJW 1981 S. 2472 f.

16 Brambrink/Schöppel, NJW 1979 S. 1802 ff.; Peters, NJW 1979 S. 1820 f.; Thomas, DNotZ 1979 S. 746 ff.; Ulmer, DNotZ 1981 S. 84 ff.; derselbe, DNotZ 1982 S. 587 ff.; Stürmer, JZ 1979 S. 758 ff.

17 Doerry, ZfBR 1982 S. 193; Garra, NJW 1980 S. 2782; Siedemann in: Festschrift für Kummer, 1980 S. 175; Kramer, ZHR (1982) S. 146, 105 ff.; Staudinger/Schlosser, AGBG, § 1 Rdnr. 27.

18 Zweifel sind angebracht, ob sich die Verbesserung in der Praxis tatsächlich ausgewirkt hat. Zumindest sind nur wenige Individual-Entscheidungen bekannt geworden, die § 2 AGBG betreffen: OLG Hamm, 8. 6. 1979, BB 1979 S. 1789; AG Frankfurt a. M., BB 1978 S. 524; OLG Stuttgart, NJW 1981 S. 1105. Für den kaufmännischen Sektor scheint dagegen die Frage, wessen AGB dem Vertrag zugrunde liegen sollen, nach wie vor von erheblicher Brisanz zu sein, vgl. die bei Bunte, Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz, Bd. I, 1977–1980 veröffentlichten Entscheidungen. In der Praxis der Verbraucherberatung kann § 2 als Notlösung herangezogen werden, um die AGB aus dem Vertrag zu entfernen; vgl. noch Lindacher, JZ 1981 S. 131, und derselbe, WM 1981 S. 702.

19 LG Lübeck, 5. 3. 1981 – 10 O 485/80; OLG Zweibrücken, 24. 6. 1981; Bunte, AGBE II, § 9 Rdnr. 62.

20 BGH, BB 1983 S. 15 f., mit ablehnender Anmerkung Bohle.

21 Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 3. Aufl. 1978, § 2 Rdnr. 44; Staudinger-Schlosser, a.a.O., § 2 Rdnr. 27.

22 So aber anscheinend Ulmer, a.a.O., 4. Aufl., § 2 Rdnr. 66.

Klauseln gemeinsam. Entscheidend ist vielmehr, daß eine solche Klausel auf eine Abänderung der Beweislast zuungunsten des Kunden abzielt und geeignet ist, bei ihm einen Irrtum über die Beweislast zu bewirken²³.

Sog. Weiterverweisungsklauseln sind in der Praxis – vor allem im Baubereich – anzutreffen. Ihr Ziel ist es, weitere Klauselwerke (VOB, Besondere und Zusatzbedingungen, AGNB, Beförderungsbedingungen usw.) durch bloße Inbezugnahme zum Vertragsinhalt zu machen, ohne daß insoweit die Voraussetzungen des § 2 gegeben sind. Solche Einbeziehungsvereinbarungen werden nach herrschender Literaturmeinung dem § 2 nicht gerecht, da es stets zumindest an der zumutbaren Kenntnisnahme fehlt²⁴. Dementsprechend hat die bisherige instanzgerichtliche Rechtsprechung Einbeziehungsversuchen überwiegend die Wirkung versagt²⁵. Dieser positiven Entwicklung ist durch das Urteil des BGH vom 27. 1. 1983 – I ZR 76/81 –²⁶ ein Rückschlag versetzt worden. Streitgegenstand war eine Weiterverweisungsklausel eines Unternehmens des Güternahverkehrs („Wir arbeiten nach den Allgemeinen Bedingungen für den gewerblichen Güternahverkehr mit Kfz, AGNB“), die sich neben anderen Bedingungen auf einem als Frachtbrief-Übergabeschein bezeichneten und erst nach Vertragsschluß dem Kunden übergebenen Formular befand. Mit der Begründung, Merkmale der konkreten Vertragspraxis müßten der Einzelfallprüfung im Individualprozeß vorbehalten bleiben, während im abstrakten Verfahren nach § 13 eine Konkretisierung nach § 15 lediglich im Hinblick auf die Art der Rechtsgeschäfte, für die die Klausel beanstanden werde, erfolge, lehnte der BGH eine Inhaltskontrolle ab. Denn aus der Klausel selbst ergebe sich nicht, daß sie erst nach Vertragsschluß verwendet werde. So richtig die letztere Feststellung auch sein mag, ruft das Urteil dennoch aus verschiedenen Gründen Kritik hervor:

Zunächst hat der BGH andere, ebenfalls auf dem erst nach Vertragsschluß ausgehändigten Frachtbrief-Übergabeschein befindliche Klauseln (Gerichtsstand- und Bestätigungsklauseln) der Inhaltskontrolle unterworfen und sie für unwirksam erklärt. Auch ihnen sieht man aber den Verwendungszeitpunkt nicht an. Vor allem hat es der BGH unterlassen, zu der grundsätzlichen Frage Stellung zu nehmen, ob im Rahmen des abstrakten Verfahrens nach § 13 eine Einbeziehungsklausel wegen Verstoßes gegen § 2 geprüft werden kann, ohne daß es auf die Umstände des Einzelfalles ankommt, also das Verwenderverhalten bei dem jeweiligen konkreten Vertragsschluß²⁷.

(2) Selbst wenn die Voraussetzungen des § 2 vorliegen, werden Allgemeine Geschäftsbedingungen dann nicht Vertragsinhalt, wenn sie für den Vertragspartner überraschend sind (§ 3). Maßgebend für die Qualifizierung als überraschend sind folgende Kriterien:

- Der Grad der Abweichung des Klauselinhaltes von einem dispositiv-gesetzlichen Vertragsleitbild oder – falls ein solches fehlt;
- von dem für den betreffenden Geschäftskreis üblichen²⁸;
- Umstände des konkreten Vertragsschlusses (Gestaltung, Anordnung der Klauseln im Vertragstext). Die Klausel muß also in ihrem Erscheinungsbild nicht zu übersehen sein²⁹.

Liegen diese Subsumptionskriterien positiv bzw. negativ vor, wohnt der Klausel ein Überrumpelungs- bzw. Übertölpelungseffekt inne. Zwischen ihrem Inhalt und den Erwartungen des Kunden besteht eine deutliche Diskrepanz, da der Verbraucher den Umständen nach mit einer solchen Regelung vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte. Während der BGH gemäß diesen Leitlinien den Abtretungsausschluß in den Lieferbedingungen von Neuwagenverkäufern als nicht überraschend wertete³⁰, fiel die formularmäßige Bestätigung eines Kunden, Vollkaufmann zu sein, dem Einziehungshindernis des § 3 zum Opfer³¹.

(3) Vertragsbedingungen gelten nur insoweit, als die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben (§ 4 AGB-Gesetz). Das Gesetz spricht vom Vorrang der Individualabrede und hebt etwas Selbstverständliches ausdrücklich hervor:

Wird die formulierte Rahmenregelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch besondere Abreden der Vertragspartner in Bezug auf den konkreten Vertrag überlagert, so gelten nur diese besonderen Abreden und nicht die möglicherweise anders lautenden Vertragsbedingungen. Der Grundsatz des Vorrangs der Individualabrede spielt in der Praxis vor allem im Spannungsfeld zu sog. Schriftform- bzw. Vertretungsmachtbegrenzungsklauseln eine Rolle, die in drei Kategorien auftreten:

„Mündliche Nebenabreden sind nicht getroffen“

Obwohl die Klausel – verglichen mit dem dispositiven Recht – die Beweislast nicht verschiebt, ist sie doch von den Instanzgerichten bisher stets als Verstoß gegen § 11 Nr. 15 b AGB-Gesetz gewertet worden, weil sie die den AGB-Kunden treffende Beweislast erschwert³². Zum Teil ist in den Entscheidungen darauf abgestellt worden, daß dem Kunden entgegen § 4 schon die Berufung auf eine mündliche Nebenabrede abgeschnitten werden soll. Zahlreicher anzutreffen sind folgende Formulierungen:

„Mündliche Nebenabreden haben keine Gültigkeit“

und

„Mündliche Nebenabreden bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Bestätigung des Auftragnehmers“

Während sich in der instanzgerichtlichen Praxis die Tendenz ablesen läßt, solche Klauseln als mit § 9 AGB-Gesetz nicht vereinbar zu verbieten, da sie nicht danach differenzieren, mit welchem Personenkreis aus der Verwendungsphase solche Abreden getroffen sind, also den Vertretungsmachtgedanken in den Vordergrund stellen³³, will der BGH Schriftformklauseln aus Gründen der Rechtsklarheit und Beweissicherung nicht generell für unzulässig erklären³⁴. Das Unwirksamkeitsverdict hängt von der konkreten Klauselgestaltung ab. Im Urteil vom 25. 2. 1982 – VII ZR 268/81 –³⁵ hat der BGH seine Auffassung präzisiert. Die Einschränkung einer schlüssig erteilten Handlungsvollmacht im Sinne von § 54 HGB durch einen über eine reine Schriftformklausel hinausgehenden Bestätigungsvorbehalt („Reparaturzeiten sind nur verbindlich, wenn sie schriftlich bestätigt werden“) stellt eine unwirksame Klauselgestaltung dar, weil der durch Vertretungsmacht nach § 54 Abs. 1 HGB gedeckten Individualabrede des Personals die Wirkung entzogen ist und damit gegen den Vorrang der Individualabrede verstoßen wird.

Schließlich hat der BGH im Urteil vom 28. 4. 1983 – VII ZR 246/82³⁶ – eine klassische Schriftformklausel im Sinne der dritten Fallgestaltung für unwirksam erklärt und das Berufungsurteil³⁷ bestätigt. Hiernach darf die Klauselgestaltung nicht dem in der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz

23 OLG München, ZIP 1982 S. 1455.

24 Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGBG, 1977, § 2 Anm. 14; Ulmer, a.a.O., § 2 Rdnr. 44.

25 LG Frankfurt a. M., 10. 12. 1980 – 2/6 O 413/80; LG München I, Bunte, AGBE II, § 9 Rdnr. 108; LG Saarbrücken, Bunte, AGBE III, § 13 Rdnr. 12 a; OLG München, Bunte, AGBE II, § 9 Rdnr. 23; in der Tendenz auch eindeutig BGH, ZIP 1983 S. 325; vgl. dazu auch Bunte, BB 1983 S. 732 u. Locher, Bank 1983 S. 362 f.

26 BB 1983 S. 1120 f. = NJW 1983 S. 2026.

27 Dazu im einzelnen unter II 1 c.

28 BGH, BB 1981 S. 1484; BGH, NJW 1983 S. 385.

29 BGH, BB 1980 S. 806.

30 BGH, BB 1981 S. 1484.

31 BGH, NJW 1982 S. 2309.

32 LG München I, Bunte, AGBE I, § 11 Nr. 16 Rdnr. 141; LG Frankfurt a. M., Bunte, AGBE I, § 9 Rdnr. 22; OLG Schleswig, Bunte, AGBE II, § 11 Nr. 15 Rdnr. 142; Graf von Westphalen in: Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGBG, 2. Aufl., Bd. II, § 11 Nr. 15 Rdnr. 31.

33 LG Hamburg, ZIP 1981 S. 746; LG Lübeck, 26. 3. 1981 – 12 O 573/80; LG München I, 14. 7. 1981 – 7 O 7252/81; OLG Karlsruhe, NJW 1981 S. 405 ff.; OLG Frankfurt a. M., Bunte, AGBE I, § 9 Nr. 16 Rdnr. 117.

34 BGH, NJW 1980 S. 234 ff.; NJW 1982 S. 331 ff.

35 BGH, NJW 1982 S. 1389 mit Anm. Bunte, in: ZIP 1982 S. 590 f.; zum Stellenwert des Urteils siehe auch III 3 I. These.

36 BGH, NJW 1983 S. 1853 = WM 1983 S. 759.

37 OLG Schleswig, Bunte, AGBE III, § 9 Rdnr. 87.

zuwiderlaufen, daß es den Vertragsparteien trotz vereinbarter Schriftform (einschließlich des vertretungsberechtigten Personals) unbenommen bleibt, das Formerfordernis durch mündliche Einigung wieder aufzuheben.

Als Resümee dieser Rechtsprechung bleibt festzuhalten: Der Umfang des Verbraucherschutzes hängt einmal von der Art und Weise der Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen Verwender und seinen Angestellten ab. Wirksamkeit erlangt die Schriftformklausel jedoch nur, wenn der Kunde auf die Grenzen der Handlungsvollmacht des Angestellten deutlich hingewiesen wird³⁸.

(4) Häufig lassen Vertragsbedingungen ihrem Inhalt nach mehrere Auslegungen zu. Für diese Fälle hat der Gesetzgeber in § 5 eine von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelte Auslegungsregel festgeschrieben, deren Funktion darin besteht, bei einer objektiv mehrdeutigen Klausel eine Auslegungshilfe zu geben. Die eigentliche Problematik des § 5 – und dies soll aus Gründen des Sachzusammenhangs bereits an dieser Stelle hervorgehoben werden – liegt in der vom Gesetzgeber wohl nicht erkannten diametral ausgerichteten Wirkungsweise im Individual- und Verbandsverfahren. Der klassische Anwendungsbereich der Unklarheitenregel im Individualprozeß besagt, daß Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zulasten des Verwenders gehen. § 5 führt also nicht zur Unwirksamkeit der Klausel. Vielmehr gilt die Klausel bei mehreren Möglichkeiten der Auslegung im kundenfreundlichsten Sinne. Ergibt eine formularmäßige Haftungsfreizeichnung nicht eindeutig, ob sie neben vertraglichen auch deliktische Ansprüche umfaßt, so bleiben dem Kunden Ansprüche aus unerlaubter Handlung erhalten³⁹. Werden dagegen Klauseln im abstrakten Verfahren nach § 13 im Wege der Verbandsklage angegriffen, muß eine Anwendung des § 5 im Sinne der kundenfreundlichsten Auslegung entfallen. Denn damit würde der Präventivfunktion der Verbandsklage die Grundlage entzogen. Verwender und Empfehler würden geradezu eingeladen, unklare Klauseln zu benutzen, um der Inhaltskontrolle im abstrakten Kontrollverfahren nach § 13 zu entgehen. Daher hat im Verbandsverfahren die Auslegung objektiv mehrdeutiger Klauseln im kundenfeindlichsten Sinne zu erfolgen⁴⁰. Die Anwendung des § 5 kann zur unmittelbaren Unwirksamkeit einer Klausel führen. Geht man richtigerweise davon aus, daß Unterlassungsurteile nach § 13 über die besondere Rechtskrafterstreckung des § 21 hinaus eine beträchtliche faktische Breitenwirkung entfalten, so wird evident, welche erheblichen Auswirkungen die unterschiedliche Handhabung des § 5 nach sich zieht: Je häufiger unklare Klauseln im Rahmen des § 13-Verfahrens bei kundenfeindlichster Auslegung für unwirksam erklärt werden, desto geringer wird die Bedeutung des § 5 im Individualverfahren. Kritik an der Präzedenzwirkung und dem damit verbundenen Anwendungsdefizit des § 5 im Individualverfahren ist gleichwohl unangebracht⁴¹. Denn im Regelfall wird die kundenfreundlichste Auslegung einer Klausel im Individualprozeß zu einer Auslegungsalternative führen, die dem dispositiven Recht entspricht oder ihm nahekommt; ein Ergebnis, das mit der zur Unwirksamkeit führenden kundenfeindlichsten Auslegung im Verbandsprozeß qua Gesetz erzielt wird. Für eine über § 21 hinausgehende Präzedenzwirkung spricht, daß Verbandsprozesse dazu beitragen sollen, Individualprozesse zu vermeiden. Unwirksame AGB sollen präventiv aus dem Rechtsverkehr gezogen werden. Die Registrierung der Urteile nach § 20 unterstreicht die Bedeutung des abstrakten Kontrollverfahrens. Eine fehlende Harmonisierung in der gesetzlichen Systematik spricht jedenfalls nicht gegen die Präzedenzwirkung des Verbandsverfahrens.

(5) Welche Rechtsfolgen sich aus der Nichteinbeziehung bzw. Unwirksamkeit von Vertragsbedingungen ergeben, beantwortet § 6. Der Vertrag bleibt ohne die entsprechenden Vertragsbedingungen wirksam und richtet sich im Hinblick auf die durch Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit entstandenen Lücken nach den gesetzlichen Vorschriften. Nicht selten enthalten Vertragswerke für den Fall der Unwirksamkeit einzelner Klauseln bereits vorformulierte Ersatzklauseln, sprechen dem Verwender die Befugnis zur

Festlegung von Ersatzbestimmungen zu oder versuchen die Unwirksamkeit nach § 6 Abs. 2 dadurch zu unterlaufen, daß AGB-Bestimmungen mit gesetztesverweisenden salvatorischen Zusätzen versehen werden⁴². Die Rechtsprechung hat sich im Rahmen der Verbandsklage mehrfach mit dieser Problematik auseinandergesetzt. Dererlei Klauseln wurden für unwirksam erklärt, gleichgültig, ob für die weggefallene formularmäßige Regelung dispositives Recht zur Verfügung stand oder nicht. Beispiele solcher Formulierungen sind etwa:

„Unwirksame Lieferbedingungen sind durch solche zu ersetzen, die möglichst den angestrebten Zweck erreichen“⁴³

oder

„Die unwirksame Bestimmung ist so umzudeuten, daß der mit ihr verfolgte Zweck, soweit gesetzlich zulässig, erreicht wird“⁴⁴

oder

„Im Falle der Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen dieser allgemeinen Lieferbedingungen haben die Vertragspartner eine dem Sinn und wirtschaftlichen Zweck der Vorschrift entsprechende neue Regelung zu treffen“⁴⁵

bzw.

„Schadensersatzansprüche wegen Verzugs oder Nichterfüllung sind, soweit gesetzlich zulässig, ausgeschlossen“⁴⁶.

Die Urteilsgründe schwanken zwischen einem Verstoß gegen das Verständlichkeitsgebot (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGB-Gesetz), der Annahme der Unklarheitenregel bzw. stellen auf die Aufhebung der mit dem AGB-Gesetz beabsichtigten Effektivierung des Verbraucherschutzes ab. Gemeinsam münden alle Urteilsgründe, wenn auch über unterschiedliche Methoden, in der Generalklausel des § 9 AGB-Gesetz. Eine auch höchstrichterliche Rechtsprechung zu dem Problemkreis steht noch aus.

c) Verbandsklage (§ 13 AGB-Gesetz)

Mit der Einführung der Verbandsklage hat sich der Gesetzgeber für eine Lösung entschieden, die mit nur geringen Abweichungen derjenigen des § 13 UWG entspricht. Der einzelne Verbraucher ist nicht befugt, die in § 13 Abs. 1 genannten Ansprüche auf Unterlassung und Widerruf geltend zu machen⁴⁷; vielmehr bleibt er auf den Individualrechtsstreit verwiesen, bei dem die AGB-Kontrolle lediglich incidenter erfolgt.

38 Micklitz in Anm. zu OLG Karlsruhe, NJW 1981 S. 407; Lindner, JR 1982 S. 1 ff.; zum Prüfungsmaßstab des Unterlassungsanspruchs II 1 c.

39 BGH, NJW 1979 S. 2148 ff.; diese Entscheidung ebnet jedoch den Weg, jedenfalls im Rechtsverkehr zwischen Kaufleuten, deliktische Ansprüche auszuschließen. Die Frage ist noch offen, ob ein Haftungsausschluß auch im Verhältnis Hersteller/Verkäufer/Konsument vereinbart werden kann, dazu zuletzt Brüggemeier, Versicherungsrecht, 1983 S. 501 ff. (503), der unter Bezugnahme auf Esser/Schmidt, SchuldR AT Teilband 1, 5. Aufl., § 6 II 2, eine Differenzierung zwischen der Freizeichnung von vertraglichen Leistungs- und deliktischen Integritätsansprüchen verlangt.

40 Einhellige Meinung: vgl. statt aller Ulmer, a.a.O. § 5, Rdnr. 5; Löwe, a.a.O., § 13 Rdnr. 39; OLG Stuttgart, NJW 1981 S. 1105 ff.; OLG Köln, BB 1982 S. 638; OLG Schleswig, Bunte, AGBE II, § 11 Rdnr. 142; OLG Karlsruhe, NJW 1981 S. 407; OLG Karlsruhe, 23. 3. 1983 – 6 U 231/81 und BGH, NJW 1980 S. 831 f.; NJW 1981 S. 867 f.

41 So aber Basedow in: AcP 1982 S. 335 ff., in Anlehnung an Kötz, BB 1982, 647 ff.

42 Zur Problematik salvatorischer Klauseln Baumann, NJW 1978 S. 1953; Garrn, JA 1981 S. 151 ff.; sowie ausführlich unter III 3 3. These.

43 LG Nürnberg-Fürth, 16. 1. 1980 – 3 O 4232/79; ähnlich auch LG Hamburg, 7. 1. 1983 – 74 O 389/82.

44 LG Frankfurt a. M., 29. 9. 1980 – 2/6 O 280/80.

45 LG Dortmund, 21. 3. 1980 – 12 O 253/79.

46 OLG Stuttgart, NJW 1981 S. 1105 f.

47 Ansätze für die gegenteilige Auffassung finden sich bei Tilman, ZHR 1978 S. 52 ff.

(1) Eine der Hauptproblematiken im Rahmen des abstrakten Verbandsklageverfahrens, die sich in den letzten Jahren aufgrund zahlreicher Entscheidungen deutlich herauskristallisiert hat, betrifft den Prüfungsmaßstab des Unterlassungsanspruchs. Das Problem resultiert aus der fehlenden Harmonisierung der verfahrens- und materiell-rechtlichen Vorschriften des Gesetzes⁴⁸ und konzentriert sich auf zwei Fragen,

- fallen auch andere, außerhalb des AGB-Gesetzes liegende zwingende gesetzliche Vorschriften unter den Unterlassungsanspruch und
- hat das nach der Systematik des Gesetzes geltende Vorrangprinzip der §§ 2-5 vor der Inhaltskontrolle nach den §§ 9-11 im Individualverfahren auch im abstrakten Verfahren Geltung.

Wenn auch der Wortlaut des § 13 ausschließlich auf die § 9-11 als Prüfungsmaßstab verweist, so ist die Verweisung angesichts des Schutzzwecks des § 13-Verfahrens, zu eng. Wenn Vertragsbedingungen nach § 9 schon wegen Verstoßes gegen dispositives Recht unwirksam sein können, so sind solche Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sich gar über zwingendes Recht hinwegsetzen, wegen ihrer mit §§ 9 ff. identischen Schutzrichtung erst recht als unwirksam anzusehen. Die Rechtsprechung hat auch nicht gezögert, diesen Weg zu beschreiten. So sind Gerichtsstandsvereinbarungen⁴⁹, Verstöße gegen das Abzahlungsgesetz⁵⁰, gegen das Reisevertragsgesetz⁵¹ und neuestens gegen das Bundesdatenschutzgesetz⁵² als unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 9 gewertet worden.

Systematisch-dogmatisch ist es ein Widerspruch, Klauseln, die wegen §§ 2 oder 3 nicht einmal Vertragsinhalt werden, der Inhaltskontrolle zuzuführen. Denn die Systematik des Gesetzes ist so angelegt, daß Vertragsbedingungen der Inhaltskontrolle nicht unterliegen, wenn sie bereits im Geflecht der §§ 2-5 AGB-Gesetz „hängen bleiben“. Gegen eine Übernahme dieses auf den Individualprozeß zugeschnittenen Vorrangprinzips auf das abstrakte Verfahren nach § 13 sprechen jedoch erhebliche Bedenken: Sinn und Zweck des § 13 ist es, die Allgemeinheit bzw. den Rechtsverkehr vor unangemessenen Klauseln zu schützen. Die vom BGH schon oft erläuterte Präventivfunktion des Unterlassungsanspruchs besteht gerade darin, individuelle Rechtsstreitigkeiten über Vertragsbedingungen zu vermeiden. Dieser Zielrichtung kann das abstrakte Verfahren nur gerecht werden, wenn auch Verstöße gegen die §§ 2-5 geahndet werden können. Denn im Bereich der §§ 2-5 angesiedelte Klauseln können abstrakt so gefaßt sein, daß sie über die Einzelfälle hinaus generell einen Verstoß gegen die §§ 2-5 enthalten. Die abstrakt-generalisierende Betrachtungsweise ist aber die Prüfungsmethode im Verfahren nach § 13. Andernfalls hätte es der Verwender in der Hand, sein gesamtes Klauselwerk der Inhaltskontrolle zu entziehen.

In einer grundlegenden Entscheidung hat das OLG Karlsruhe bereits 1980⁵³ anläßlich der Prüfung einer Schriftformklausel erkannt, daß das Vorrangprinzip der §§ 2-5 für das § 13-Verfahren nicht anzuwenden ist. Ihm folgend hat das OLG Stuttgart⁵⁴ im Hinblick auf eine salvatorische Klausel auf § 2 abgestellt und die Auffassung vertreten, daß im Rahmen der Verbandsklage nach § 13 auch ein Verstoß gegen §§ 2-5 Prüfungsmaßstab sein kann, wenn der Verstoß bei abstrakter Betrachtung zur Unwirksamkeit führt. Allerdings gibt es auch gegenläufige Tendenzen⁵⁵.

Die Rechtsprechung des BGH verläuft zu dieser Frage nicht geradlinig. Hatte der BGH im Tagespreis-Urteil vom 7. 10. 1981⁵⁶ die Feststellung getroffen, nach § 13 Abs. 1 AGB-Gesetz können nur Bestimmungen, die nach §§ 9-11 unwirksam sind, Gegenstand einer Unterlassungsklage sein, so hat er im Urteil vom 25. 2. 1982⁵⁷ in Übereinstimmung mit der nunmehr vorherrschenden Meinung im Schrifttum⁵⁸ ausdrücklich hervorgehoben, daß der im Individualprozeß geltende Vorrang der §§ 2-5 im Verbandsverfahren keine Anwendung findet, weil sonst Zielrichtung und Wirkung der Klausel nicht beurteilt werden könne. Wenn auch der 7. Senat im Urteil vom 28. 4. 1983⁵⁹ anläßlich der Beurteilung der Klausel

„Mündliche Nebenabreden haben nur nach schriftlicher Bestätigung des Auftragnehmers Gültigkeit“

betont hat, daß die Frage, ob eine Klausel im Hinblick auf § 4 unwirksam ist, grundsätzlich nicht im Verfahren nach den §§ 13 ff., sondern nur in dem den Einzelfall betreffenden Rechtsstreit geprüft werden kann, so hat er dennoch die vorstehende Schriftformklausel als mit § 9 nicht vereinbar angesehen, da sie die Gültigkeit jeder mündlichen Vereinbarung von einer schriftlichen Bestätigung abhängig mache und damit den in § 4 verankerten Grundsatz völlig verdränge. Dazu quer liegt die Entscheidung des 1. Senates vom 27. 1. 1983 - I ZR 76/81⁶⁰, der die Problematik im Hinblick auf § 2 nicht erkannt hat.

(2) Unterlassungsklagen nach § 13 AGB-Gesetz sind ausschließlich bei den Landgerichten anhängig zu machen (§ 14). Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit räumt § 14 Abs. 2 den Landesregierungen die Möglichkeit ein, im Wege der Konzentration spezialisierte Spruchkörper zu schaffen. Hiervon haben die Bundesländer Bayern, Hessen und Nordrhein-Westfalen Gebrauch gemacht.

(3) Schließlich ist auf die besondere Bindungswirkung der rechtskräftigen Urteile nach § 13 hinzuweisen (§ 21). Diese Bindungswirkung hat drei Voraussetzungen: (1.) Der Verwender ist rechtskräftig verurteilt worden, eine Klausel nicht mehr zu verwenden; (2.) er verwendet jedoch unter Verstoß gegen das Urteil die Klausel weiter; (3.) zwischen dem verurteilten Verwender und einem Kunden schwebt ein Individualrechtsstreit, bei dem es auf die Wirksamkeit der einbezogenen Klausel ankommt. Bisher liegen keine Erkenntnisse vor, ob die Bindungswirkung des § 21 in der Praxis eine Rolle spielt. Es ist zu vermuten, daß die Vorschrift nicht die angestrebte Effizienz hat. Die Gründe dürften in der gewählten Einredelösung liegen, die Kenntnis der Einredemöglichkeiten voraussetzt. Vorzuziehen wäre eine Lösung, bei der von Amts wegen die Berücksichtigung der im abstrakten Verfahren ergangenen Unterlassungsurteile zu erfolgen hat⁶¹.

(4) Die Höchstwertstreitgrenze liegt gemäß § 22 bei DM 500 000. Das Prozeßkostenrisiko ist unter Berücksichtigung der finanziellen Ausstattung klagebefugter Verbraucherschutzverbände äußerst hoch einzuschätzen. Legt man den Höchstwert zugrunde, kostet ein bis zum BGH geführter Prozeß ohne Gerichtskosten ca. DM 80 000. In der Literatur wird für die Unterlassungsklage ein Regelstreitwert von DM 5000 vorgeschlagen, für die Widerrufsklage von mindestens DM 10 000 pro Klausel⁶². Die Praxis sieht - für die Verbraucherverbände zum Glück - anders aus, ist aber in sich widerspruchsvoll. Regelmäßig folgen die Gerichte den Streitwertvorschlägen des Verbraucherschutzvereins, die bei DM 3000 pro Klausel liegen. Diese Praxis ist jedoch unbefriedigend, da nahezu jeder Klausel wegen ihrer Bedeutung ein eigener oft unterschiedlicher Streitwert beizumessen wäre. Die Gerichte zeigen nur in wenigen Ausnahmefällen Nei-

48 Löwe, a.a.O., § 13 Vorbemerkung Rdnr. 6 ff.

49 OLG Düsseldorf, DB 1981 S. 1663; OLG München, Bunte, AGBE II

§ 9 Rdnr. 23; LG Hamburg, ZIP 1981 S. 746; BGH, BB 1983 S. 524.

50 LG Frankfurt a. M., 9. 1. 1980 - 2/6 O 439/79; LG Nürnberg-Fürth

18. 1. 1978 - 3 O 7817/77; OLG Celle, Bunte, AGBE I, § 9 Rdnr. 139.

51 KG, Bunte, AGBE III, § 9 Rdnr. 80; LG München I, 22. 9. 1981 - 7 C 7694/81; OLG Frankfurt a. M., NJW 1982 S. 2200; BGH, BB 1983 S. 1175 = NJW 1983 S. 1612.

52 LG Hamburg, ZIP 1982 S. 1313.

53 OLG Karlsruhe, NJW 1981 S. 405 ff. mit Anm. Micklitz, S. 407 ff.

54 OLG Stuttgart, NJW 1981 S. 1105.

55 OLG Frankfurt a. M., NJW 1981 S. 130; jüngst zu einer Einbeziehungsklausel OLG Frankfurt a. M., 26. 3. 1983 - 6 U 109/82.

56 BGH, NJW 1981 S. 331.

57 BGH, NJW 1982 S. 1389 ff.

58 Ulmer, a.a.O., § 13 Anm. 2; Staudinger/Schlosser, a.a.O., § 13 Rdnr. 24; Gerlach in: Münchener Kommentar, § 13 Rdnr. 16; Löwe, a.a.O., § 13 Rdnr. 22.

59 BGH, NJW 1983 S. 1853.

60 BB 1983 S. 1120 = NJW 1983 S. 2026.

61 Teilweise wurde argumentiert, die Schwäche des § 21 resultiere aus der Unvollkommenheit des beim Bundeskartellamt nach § 20 geführten Registers, Creutzig, DB 1979 S. 151 ff.

62 Hensen, a.a.O., § 22 Rdnr. 5; Löwe, a.a.O., § 22 Rdnr. 10.

gung, in ihren Streitwertbeschlüssen auf die unterschiedliche Bedeutung der Klauseln⁶³ bzw. die Größenordnung des Anspruchsgegners einzugehen⁶⁴.

Die Praxis der Gerichte ist uneinheitlich. In den Rechtsstreitigkeiten über die Mehrwertsteuererhöhung 1977/78 von 11 auf 12 % hatte der Verbraucherschutzverein gegen die Verbände der Automobilindustrie sowohl in Frankfurt als auch in Köln geklagt. Obwohl es sich inhaltlich um die gleiche Frage handelte, setzte das OLG Frankfurt, dem der BGH insoweit folgte, den Streitwert auf DM 100 000 fest⁶⁵, während das OLG Köln, das das Frankfurter Urteil nahezu wörtlich übernahm, den Streitwert bei DM 50 000 beließ⁶⁶. Der Höchststreitwert von DM 500 000 ist – soweit ersichtlich – lediglich durch das OLG Koblenz im Urteil vom 10. 1. 1980 – 9 U 1060/78 –⁶⁷ in einem von der Verbraucherzentrale Rheinland-Pfalz gegen die Johannes Gutenberg Universität geführten Rechtsstreit über die Wirksamkeit einer Klausel betreffend die rückwirkende Erhöhung von Zimmerzuschlägen in einem formularmäßigen Krankenhausaufnahmevertrag festgelegt worden. Dagegen hat das Landgericht Hannover in einem vom Verbraucherschutzverein angestrebten Rechtsstreit, in dem es u. a. um eine identische Klausel ging, einen Streitwert von insgesamt DM 12 000 angenommen⁶⁸.

Angesichts der unzulänglichen finanziellen Ausstattung der Verbraucherverbände bleibt die Frage an den Gesetzgeber, ob sich die in § 22 getroffene Regelung eines Höchststreitwertes von DM 500 000 nicht als Hindernis auf dem Wege einer weiteren Steigerung der Effektivität der Verbraucherverbandsklage erweist. Falls es zur Verabschiedung der UWG-Novelle kommt, die einen Regelstreitwert von DM 5000 in Verbraucherverbandsklagen vorsieht, erscheint es geboten, die Regelung im AGB-Gesetz zu überdenken.

2. Die Akteure

Obwohl der Kreis der Klagebefugten in § 13 Abs. 2 AGB-Gesetz im wesentlichen mit demjenigen in § 13 UWG übereinstimmt, besteht eine erhebliche Diskrepanz in der Wahrnehmung der neuen Kontrollinstrumentarien zwischen dem nichtkaufmännischen und kaufmännischen Bereich, wie das beim Bundeskartellamt nach § 20 geführte Register ausweist. Während die Bilanz im kaufmännischen Bereich nach mehr als sechs Jahren immer noch äußerst dürftig ausfällt, so daß zum Teil schon von einem Boykott des gesetzgeberischen Angebots gesprochen wird⁶⁹, ist im Verbraucherbereich eine rege Tätigkeit zu verzeichnen, die bereits zu zahlreichen höchstrichterlichen Urteilen mit erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen für die Marktgegenseite geführt hat, abgesehen davon daß die im Verbraucherbereich ergangenen Urteile auch auf den kaufmännischen Bereich bei dortigen gerichtlichen Entscheidungsfindungen ausstrahlen. Als Akteure im Verbraucherbereich sind vor allem der Verbraucherschutzverein (VSV) in Berlin und die Verbraucherzentrale in Baden-Württemberg zu nennen. Einer administrativen Kontrolle durch das Bundeskartellamt unterliegen AGB, die in der Form von Konditionenempfehlungen durch Wirtschaftsverbände branchenspezifisch ausgearbeitet werden.

a) Der Verbraucherschutzverein

Der Verbraucherschutzverein wurde im Jahre 1966 von der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher (AGV) und den Verbraucherzentralen der Länder gegründet. Seit dem Jahre 1974 wird der VSV vom Bundesminister für Wirtschaft institutionell gefördert. Gemäß § 3 seiner Satzung bezweckt er unter Ausschluß eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen und zu fördern. Er verfolgt insbesondere das Ziel, unlauteren Wettbewerb zu unterbinden, der sich zum Nachteil der Verbraucher auswirkt sowie gegen unzulässige Allgemeine Geschäftsbedingungen vorzugehen, die gegenüber Nichtkaufleuten verwendet und empfohlen werden. Dies geschieht notfalls durch Einleitung gerichtlicher Maßnahmen. Der VSV hat 12 Mitarbeiter, von denen jeweils zwei Juristen in der UWG- bzw. AGB-Abteilung arbeiten.

Der Prozeßkostenfonds für AGB-Prozesse betrug im Geschäftsjahr 1982/83 DM 80 000.

b) Die Verbraucherzentralen Baden-Württemberg, Hamburg und Nordrhein-Westfalen

Obwohl sämtlichen 11 Verbraucherzentralen der Länder der Weg offensteht, ein Verbandsklageverfahren einzuleiten, nehmen nur Baden-Württemberg, neuerdings auch Nordrhein-Westfalen und Hamburg die ihnen eingeräumte Befugnis wahr. Alle anderen acht Verbraucherzentralen beschränken sich darauf, bei ihnen eingehende Beschwerden an den Verbraucherschutzverein weiterzuleiten. Zum Teil liegt die Inaktivität an der bescheidenen personellen Ausstattung der Verbraucherzentralen mit Juristen. Nur vier Zentralen beschäftigen einen Juristen, in Hamburg sind es zwei, mit dem Geschäftsführer sogar drei, die Verbraucherzentrale Hessen führt überhaupt keine Rechtsberatung durch, obwohl nach der Änderung des Rechtsberatungsgesetzes seit dem 1. 1. 1981 auch Nichtjuristen in der Rechtsberatung der Verbraucherzentralen eingesetzt werden können⁷⁰. Innerhalb der 11 Verbraucherzentralen bestehen erhebliche Divergenzen über das Betätigungsfeld. Eher traditionell ausgerichtete Verbraucherzentralen legen den Schwerpunkt ihrer Tätigkeit auf die Produktberatung. Aber auch in den drei Verbraucherzentralen, die von ihrer Verbandsklagebefugnis Gebrauch machen, bildet im juristischen Tätigkeitsfeld die individuelle Rechtsberatung den eigentlichen Arbeitsschwerpunkt.

Verschiebungen der Aufgabenverteilung hat die Verbraucherzentrale NRW zum 1. Juli 1982 vorgenommen. Auf der Basis einer Aktenauswertung wurden die Aufgaben zwischen der Zentrale in Düsseldorf und den 36 über das Land verstreuten Beratungsstellen neu verteilt. Die beiden Juristen in der Zentrale in Düsseldorf konzentrieren sich in ihrer Tätigkeit schwerpunktmäßig auf drei Bereiche: Kredite, vermittelnde Tätigkeit von Maklern – Kredit, Wohnungs- und Ehemakler, sowie Möbel. Die Verbraucherberater und -beraterinnen, die keine Juristen sind, führen in den Beratungsstellen Rechtsberatung nur im Kauf- und Werkvertragsrecht sowie in Abonnementsstreitigkeiten durch. In den drei Schwerpunktbereichen setzt die Zentrale die Verbandsklage ein, um die drei Märkte von unlauteren Bedingungen zu säubern. Erste Ansätze, von einer Klagmöglichkeit nach § 13 AGB-Gesetz Gebrauch zu machen, zeichnen sich bei der VZ Hamburg ab. Seit dem Herbst 1982 werden Firmen abgemahnt, in einem Fall ist es bereits zu einem streitigen Verfahren gekommen.

Der ADAC nimmt die Verbandsklagebefugnis lediglich im außergerichtlichen Bereich wahr, um Händler und Werkstätten abzumahnern, während die Mietervereine das Kontrollinstrument des § 13 soweit ersichtlich überhaupt nicht in Anspruch nehmen⁷¹.

63 *LG Hamburg* – 15 O 870/78 setzt den Streitwert für eine § 11 Nr. 5 AGBG-Klausel auf DM 10 000,- fest, da nicht unerhebliche Vermögenswerte zur Diskussion stehen.

64 *OLG Hamburg* – 10 U 31/78 – setzt den Streitwert bei einer Honorar-Klausel in einem Ehevermittlungsdienstvertrag auf DM 300 000,- fest; im *BGH*, BB 1983 S. 527 (Lufthansa) liegt der Streitwert für 6 Klauseln bei DM 180 000,-; vgl. andererseits *BGH*, NJW 1982 S. 331 (Tagespreisklausel), bei der der Streitwert dieser weitverbreiteten Klausel mit DM 3000,- bemessen wurde.

65 *OLG Frankfurt a. M.*, 21. 12. 1978 – 6 U 57/78.

66 *OLG Köln*, 11. 7. 1979 – 6 U 90/78.

67 Bei *Burite*, AGBE, Bd. 1, § 9 Rdnr. 104, insoweit nicht abgedruckt.

68 *LG Hannover*, 20. 11. 1979 – 14 O 338/79.

69 Dazu *Löwe*, a.a.O., § 13 Vorbemerkung Rdnr. 25; die zuständige Sachbearbeiterin des Bundeskartellamtes schätzt die Zahl auf unter 10 %, wobei die Auseinandersetzungen ausschließlich aus dem Bausektor herrühren.

70 Zur Bedeutung des Rechtsberatungsgesetzes *Reich/Micklitz*, Verbraucherschutzrecht in der BRD, 1980, Rdnr. 357-365; umfassend *Blankenburg/Reifner*, Rechtsberatung, 1982.

71 Hierzu *Weimar*, BIGBW 1978 S. 29.

c) Das Bundeskartellamt

Seit 1973 besteht nach dem GWB für Wirtschaftsverbände die Möglichkeit, für ihre Mitglieder Allgemeine Geschäftsbedingungen, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen auszuarbeiten und deren Anwendung zu empfehlen. Den Mitgliedern steht es frei, die Empfehlung im Wortlaut zu übernehmen oder in ihren AGB von der Vorlage abzuweichen. Die kartellrechtliche Konzeption des Anmeldeverfahrens in § 38 Abs. 3 Nr. 3, § 12 GWB und die tatsächliche Praxis unterscheiden sich erheblich. Denn das Bundeskartellamt hat über seine Mitarbeiter den an einer Konditionenempfehlung interessierten Verbänden angeraten, ihren Entwurf nicht sofort anzumelden, wie es gesetzlich in § 38 GWB vorgesehen war, sondern besagten Entwurf dem Bundeskartellamt zu einer Vorprüfung zuzuleiten⁷². Im Rahmen dieses informellen, der eigentlichen Anmeldung vorgeschalteten Verfahrens überprüft das Bundeskartellamt auf der Basis von § 12 GWB die Rechtmäßigkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁷³. Die spezifisch kartellrechtliche Kontrolle der AGB geschieht unter dem Blickwinkel der aus dem organisatorischen Zusammenschluß resultierenden Bedrohung des Wettbewerbs und zielt darauf ab, Klauseln, die sich in verbotener Weise auf Preise und Preisbestandteile beziehen, zu eliminieren⁷⁴. Gleichzeitig eröffnet die Mißbrauchskontrolle dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, empfohlene AGB auf ihre Vereinbarkeit mit zwingenden Vorschriften des Privatrechts, insbesondere des AGB-Gesetzes hin zu untersuchen. Für das Bundeskartellamt wie für die Wirtschaftsverbände bietet diese Praxis gegenüber der gesetzlichen Vorgabe erhebliche Vorteile. Die Verbände sparen Kosten, die aus einer nachträglich auf Druck des Bundeskartellamts erzwungenen Änderung der bereits angemeldeten Empfehlung entstehen und sie haben, was weit schwerer wiegt, keine negative Publizität zu fürchten. Denn anhand eines Vergleiches des Textes der Erstanmeldung mit der geänderten Fassung ließe sich unschwer feststellen, wo die Verbände nachgeben mußten. Das Bundeskartellamt seinerzeit macht sich genau diese Öffentlichkeitsscheu zunutze, um im Vorfeld der Anmeldung auf die Ausgestaltung der AGB Einfluß zu nehmen. Für eine wissenschaftliche Auswertung der Kontrolltätigkeit hat die Intransparenz des Verfahrens zur Folge, daß eine Einschätzung der Kontrolltätigkeit des Bundeskartellamts nur anhand einer Aktenanalyse erfolgen kann. Diese wiederum ist allein möglich, wenn der anmeldende Wirtschaftsverband mit einer Akteneinsicht einverstanden ist⁷⁵.

3. Quantitative Aspekte der Gesetzesimplementation

a) Die Rechtswissenschaft

Die Rechtswissenschaft stürzte sich geradezu auf das AGB-Gesetz. Bereits kurze Zeit nach dem Inkrafttreten lagen 10 gesonderte Buchveröffentlichungen vor⁷⁶. Sämtliche bekannten juristischen Fachzeitschriften präsentierten ihren Lesern eine Einführung in das neue Gesetz⁷⁷. Gleichzeitig wurden etablierte Klauselwerke auf ihre Vereinbarkeit mit dem AGB-Gesetz überprüft: Mietrechtsbedingungen⁷⁸, AGB

der Banken⁷⁹, Versicherungen⁸⁰, VOB⁸¹ und AdSP⁸² sowie notariell beurkundete Formularverträge⁸³. Inzwischen verläuft die rechtswissenschaftliche Diskussion in sehr viel differenzierteren Bahnen⁸⁴. Gleichzeitig gewinnt die Ausdifferenzierung der Vertragsklauseln in § 9 AGB-Gesetz an Bedeutung. Die Kommentatoren des AGB-Gesetzes sind dazu übergegangen, alphabetisch geordnet die Rechtsprechung zu einzelnen Klausel- und Vertragstypen zusammenzustellen. Neben die vertiefte Erörterung juristischer Detailprobleme tritt mehr und mehr eine branchenspezifische Aufarbeitung der Rechtsposition des Verbrauchers⁸⁵, im Recht des Immobilienmaklers, im Konsumentenkredit, im Reparaturhandwerk.

b) AGB-Register beim Bundeskartellamt⁸⁶

Über die Implementation des AGB-Gesetzes gibt das AGB-Register beim Bundeskartellamt Auskunft, in das sämtliche Verbandsklageverfahren, rechtskräftige Urteile und sonstige Erledigungen einzutragen sind, § 20. Am 1. 6. 1983 wies das Register 979 Eintragungen aus⁸⁷. Diese Zahl ist jedoch nur bedingt aussagekräftig, da für ein Verbandsklageverfahren mehrere Registerblätter angelegt werden können, z. B. für den Klagantrag, der nach Eingang beim zuständigen Landgericht an das Bundeskartellamt weitergeleitet wird und je eine weitere Eintragung bei Erlass eines Urteils in der Instanz – Landgericht, Oberlandesgericht, Bundesgerichtshof. Der Sach- und Streitstand ist aus dem Register nicht ablesbar.

72 Hennig/Paetow, DB 1978 S. 2349 ff.; Hennig/Jarre, DB 1980 S. 1429 ff.

73 Zur Praxis des Bundeskartellamtes vgl. neben den Nachweisen in FN 72, Bunte, BB 1980 S. 325 ff.; Schirmers, Konditionenempfehlung, Kartellrechtliche Kontrolle nach AGB-Gesetz 1983 sowie Micklitz, Verbraucherschutz im Reparaturhandwerk, Diss. Bremen 1983 S. 40 ff. und 80 ff.

74 Micklitz, Verbraucherschutz im Reparaturhandwerk, 1983, S. 56.

75 Eine Auswertung der Anmeldeverfahren im Kfz-Handwerk, im Elektrohandwerk und im Chemisch-Reinigungsgewerbe findet sich bei Micklitz, Verbraucherschutz im Reparaturhandwerk, Diss. Bremen 1983 S. 80 ff.

76 So Bunte, AcP 1981 S. 31 ff. (33), mit Nachweisen in FN 8.

77 Nachweise detailliert bei Bunte, AcP 1981 S. 31 ff. (34), FN 9.

78 Weimar, Wohnraummietverträge im Blickfeld des AGB-Gesetzes, DB 1977 S. 760 ff.; Glaser, BIGBW 1977 S. 237; BuB Deutsche Wohnungswirtschaft 1977 S. 76 ff.; Hannig, Gemeinnütziges Wohnungswesen 1977 S. 269 ff.; Kretzer-Mossner, Das Grundeigentum 1977 S. 233 ff.; später Sonnenschein, NJW 1980 S. 1489 ff. u. 1713 ff.; Gelhaar, ZHR 1981 S. 225 ff.; speziell zu Schönheitsreparaturen Köhler, NJW 1979 S. 205; Kohl, 1980 S. 196, und Wolf, ZHR 1980 S. 193.

79 AGB der Banken und AGBG: Kumpel, WM 1977 S. 694; Rehbein, DB 1977 S. 1348; – Kreditsicherung, Dietlein, JZ 1977 S. 637; Stürner, JZ 1977 S. 431; Kumpel, WM 1978 S. 970; Lwowski, Die Bank, 1978 S. 123; Schröter, Die Bank, 1978 S. 81 ff.; Steuer, Die Bank, 1978 S. 34 ff.; Wegner, Sparkasse, 1979 S. 126; Steuer, ZfSH 1981 S. 97; Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Sonderausgabe von Bd. III (2. Bearbeitung) des RGRK – HGB, 3. Aufl.

80 Helm, NJW 1978 S. 129 ff.; Sieg, VersR 1977 S. 489 ff.; Meyer-Kahlen, VP 1977 S. 81 ff.; Bauer, BB 1978 S. 476 ff.; Schaefer, VersR 1978 S. 4 ff.; Reichert, Facillidies, Versicherungsrecht 1978 S. 481 ff.

81 VOB: Korbion, VersR 1977 S. 681; Locher, NJW 1977 S. 1801, später Johannsen, BB 1981 S. 208; Häring, Die freie Wohnungswirtschaft, 1977 S. 27 ff.; Heiermann, DB 1977 S. 1733 ff.; Kiehne, Die Bauverwaltung, 1977 S. 173 ff.; Seesemann, Die freie Wohnungswirtschaft, 1977 S. 202 ff.; Graf von Westphalen, Bauvertrag und AGB-Gesetz, AGB-Gesetz im Spiegel des Baurechts, 1977 S. 45 ff.; Brambring, NJW 1978 S. 777 ff.; Bauvertragsrecht und AGBG: Kaiser, DWW 1979 S. 64, S. 79, 86 und 102; AGBG und Subunternehmerverträge: Locher, NJW 1979 S. 2235; Gebhard, Mitteilung des Bayerischen Notarvereins, 1979 S. 102 ff.; Weimar, BIGBW 1979 S. 87 ff.; Weitnauer, Baurecht, 1980 S. 73 ff.

82 Helm, VersR 1977 S. 585 ff.; neuerdings Graf von Westphalen, ZIP 1981 S. 119.

83 Notarielle Verträge: Schippel/Brambring, DNotZ 1977 S. 131–159 und 197–224; Stürner, Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg 1977 S. 106 ff., später Garrn, NJW 1980 S. 2782 ff.; notarielle Vertragsmuster: Brambring/Schippel, NJW 1979 S. 1802 ff.; Ulmer, DNotZ 1981 S. 84; Wirtschaftsprüfer: Zilius, Die Wirtschaftsprüfung, 1977 S. 309; Beise, BB 1979 S. 352 ff.; Bunte, BB 1981 S. 1064 ff.; Anzeigen in Zeitungen, Werbeverträge: Wronka, BB 1977 S. 1580; Graf von Westphalen, BB 1977 S. 423 ff.; Schneider, WRP 1977 S. 382; Steuerberatung: Rohweder, DStR 1978 S. 63.

84 Relevante Detailprobleme haben wir in der Darstellung der Rechtsprechung aufgegriffen; daneben werden spezielle Klauselwerke zunehmend einer eingehenden Betrachtung unterworfen: CR-Bedingungen: Schmidt, VersR 1978 S. 593 ff.; Einkaufsbedingungen: Thamm, BB 1979 S. 1583; Meier, DB 1983 S. 1133 ff.; speziell der Automobilhersteller: Graf von Westphalen, DB 1982 S. 1655 ff.; Gebrauchtwagen-Verkaufsbedingungen: Eggert, BB 1980 S. 1826 ff.; Möbeltransport-Lagerbedingungen: Koller, VersR 1980 S. 1 ff.

85 Tonner, Verbraucherschutz im Recht des Immobilienmaklers, 1980; Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherschuldung, 1979; Micklitz, Verbraucherschutz im Reparaturhandwerk, Diss. Bremen 1983.

86 Zum Register Creutzig, NJW 1979 S. 20 – Das AGB-Register beim Bundeskartellamt – eine Hilfe für die Praxis; zuvor bereits kritisch Wronka, BB 1976 S. 1581; zusammenfassend Bunte, AcP 181 (1980) S. 57 ff.

87 Auskunft des Bundeskartellamtes vom 1. 6. 1983.

c) Abmahnungen und Urteile
des Verbraucherschutzes und
der Verbraucherzentralen

Differenziertere Zahlen, als das Register des Bundeskartellamts sie ermitteln läßt, ergeben sich aus den Jahresberichten des Verbraucherschutzes und der Verbraucherzentrale Baden-Württemberg. Der Verbraucherschutzesverein hat bis zum 1. 6. 1983 887 Abmahnungen verschickt, 872 gegen Verwender von AGB, 15 gegen Empfehler von AGB. 525 Verwender haben eine straffbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben, 259 Verfahren wurden per Gerichtsurteil entschieden⁸⁸. Ca. 20 Verfahren sind vom BGH bis dato entschieden worden bzw. zur Entscheidung anhängig. Aus Baden-Württemberg liegen Zahlenangaben bis zum 31. 12. 1982 vor. Seit der Aufnahme der Klagtätigkeit kurze Zeit nach dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes haben auf die Abmahnungen des Vertragsanwaltes hin 365 Unternehmen Unterwerfungserklärungen abgegeben, 126 Verbandsklageverfahren führten zu einem Urteil⁸⁹. Da die Verbraucherzentrale NRW erst Mitte 1982 ihre Klagtätigkeit aufgenommen hat, ist der Umfang der Verfahren vergleichsweise gering. 14 Firmen wurden abgemahnt, in vier Fällen ist es zur Einleitung eines Gerichtsverfahrens gekommen. Die VZ Hamburg hat seit Oktober 1982 19 Firmen abgemahnt, ein Verfahren ist vor dem Oberlandesgericht Hamburg anhängig. Für die Auswertung der Rechtsprechung kann vereinfacht von knapp 400 Klagverfahren ausgegangen werden.

d) Verbreitung der
Konditionenempfehlungen

Ende 1977 waren 73, Ende 1978 77, Ende 1979 101, Ende 1980 128, Ende 1981 145, am 1. 6. 1983 153 Konditionenempfehlungen beim Bundeskartellamt angemeldet⁹⁰. Scheinbar hat das AGB-Gesetz eine Kollektivierungswelle ausgelöst. Jedoch wäre es vorschnell, von den immens gestiegenen Zahlen auf eine proportionale Ausdehnung und Erweiterung AGB-geregelter Branchen zu schließen. Vielfältig existierten nämlich bereits vor 1977 branchenspezifische AGB, die in den 30er und 40er Jahren ausgearbeitet wurden, als die Bildung von Konditionenkartellen und Empfehlungen offizielles Ziel der Wirtschaftspolitik waren. Mit dem Inkrafttreten des GWB im Jahre 1957 hätten theoretisch bestehende Klauselwerke an den sehr viel engeren Rahmen des GWB angepaßt werden müssen. Konditionenkartelle waren nur noch unter eingeschränkten Bedingungen zulässig, Konditionenempfehlungen bis zur Novellierung des GWB im Jahre 1973 sogar verboten. Indessen gewährte das Bundeskartellamt Bestandsschutz, sofern die betroffenen Wirtschaftsverbände darauf verzichteten, ihre Mitglieder auf die alten Klauselwerke erneut in der Öffentlichkeit hinzuweisen.

Von den derzeit angemeldeten 153 Konditionenempfehlungen betreffen ca. 25 den Geschäftsverkehr mit dem Verbraucher, also ca. 1/6⁹¹. Innerhalb der verbraucherrelevanten Konditionenempfehlungen lassen sich drei Schwerpunkte bilden:

- Verbraucherpolitischer Kernbereich⁹²: Möbelverkauf, Elektrohandwerk und -handel, Reisen und Chemisch-Reinigung.

- Kraftfahrzeugbereich: Neuwagenverkaufsbedingungen, Gebrauchtwagenverkaufsbedingungen, Gebrauchtwagen-agenturbedingungen, Kfz-Reparaturbedingungen, Zweiradverkauf, Autowaschanlagen, Abschleppdienste, Vulkanisierhandwerk⁹³.

- Hausbau: Empfehlungen wurden von den jeweiligen Branchenverbänden für folgende Berufsgruppen erstellt⁹⁴, Architekten, Schlosser, Dachdecker, Installateure, Sanitärtechniker, Parkett- und Fußbodenleger, Fenster- und Fassadenbauer.

Wieviele Betriebe der jeweiligen Branche die ihnen empfohlenen AGB wirklich ihren Rechtsgeschäften zugrundelegen, wissen wir nicht. Insoweit mag die bereits erwähnte vom Bundesjustizminister in Auftrag gegebene Studie Aufschluß bringen. Derzeit existieren nur Schätzungen, die von den Branchenorganisationen regelmäßig zu hoch angesetzt sein dürften. Eine pauschale Aussage läßt sich ohnehin nicht treffen, da die praktische Bedeutung der Konditionenempfehlung in einer Branche von deren Marktstruktur abhängig ist. Als wesentliche Kriterien sind die Heterogenität des Marktes bzw. Homogenität, der Organisationsgrad des Gewerbes im Wirtschaftsverband, die Zahl und die Macht der Anbieter innerhalb einer Branche zu nennen⁹⁵. Auffällig ist bei sämtlich angemeldeten Konditionenempfehlungen, wie sehr gerade mittelständische Gewerbe von der sich ihnen bietenden Möglichkeit der Rechtsvereinheitlichung Gebrauch gemacht haben⁹⁶. Entscheidend für die Kollektivierung im mittelständischen Gewerbe dürfte der vergleichsweise klare Rahmen sein, den das AGB-Gesetz bereit hält. Mit eben jener Vorgabe übt der Gesetzgeber Druck auf einen stärkeren organisatorischen Zusammenschluß mittelständischer Betriebe aus. Da die Kooperationsformen und -möglichkeiten verbessert wurden, nützt das AGB-Gesetz in Verbindung mit der Konditionenempfehlung dem mittelständischen Gewerbe. Monopolisierte Branchen arbeiten in sehr viel geringerem Umfang mit Konditionenempfehlungen. Hier bestehen ohnehin bereits seit Jahrzehnten auch ohne AGB-Gesetz und Konditionenempfehlungen weitgehend vereinheitlichte Allgemeine Geschäftsbedingungen⁹⁷.

geändert 23/81, BAnz Nr. 40 v. 27. 2. 1981; **Elektrohandel** (34) 111/77, BAnz Nr. 218 v. 23. 11. 1977; geändert 27/83, BAnz Nr. 62 v. 30. 3. 1983; **Reisen** (12) 8/76, BAnz Nr. 32 v. 17. 2. 1976 und 94/76, BAnz Nr. 210 v. 5. 11. 1976; geändert 85/80, BAnz Nr. 191 v. 11. 10. 1980; geändert 90/82, BAnz Nr. 128 v. 16. 7. 1982; **Chemisch-Reinigung** (28) 61/77, BAnz Nr. 124 v. 8. 7. 1977; geändert 30/82, BAnz Nr. 61 v. 30. 3. 1982.

93 **Neuwagen-Verkauf** (25) 51/77, BAnz Nr. 108 v. 14. 6. 1977; geändert 114/79, BAnz Nr. 239 v. 21. 12. 1979; geändert 51/80, BAnz Nr. 120 v. 4. 7. 1980; geändert 109/80, BAnz Nr. 8 v. 14. 1. 1981; **Gebrauchtwagen-Verkauf** (115) Eigengeschäft, BAnz Nr. 93 v. 21. 5. 1980 und Vermittlungsgeschäft, BAnz Nr. 106 v. 12. 6. 1980; **Agenturbedingungen**, BAnz Nr. 238/82 v. 22. 12. 1982; **Kfz-Reparaturbedingungen** (3) 16/75, BAnz Nr. 53 v. 18. 3. 1975; geändert 39/77, BAnz Nr. 83 v. 3. 5. 1977; geändert 8/82, BAnz Nr. 20 v. 30. 1. 1982; **Zweiradverkauf** (89) 90/79, BAnz Nr. 177 v. 20. 9. 1979; **Autowaschanlagen** (91) 95/79, BAnz Nr. 177 v. 20. 9. 1979; **Abschleppdienste** (63) 132/78, BAnz Nr. 216 v. 16. 11. 1978; **Vulkanisier-Handwerk** (134) 57/81, BAnz Nr. 100 v. 2. 6. 1981.

94 **Architektenvertrag** (78) 7/79, BAnz Nr. 21 v. 31. 1. 1979; **Schlosser** (54) 98/78, BAnz Nr. 162 v. 30. 8. 1978; geändert 49/79, BAnz Nr. 93 v. 18. 5. 1979; geändert 45/81, BAnz Nr. 65 v. 3. 4. 1981; **Dachdecker** (56) 106/78, BAnz Nr. 181 v. 26. 9. 1978; **Installateure** (57) 118/78, BAnz Nr. 192 v. 11. 10. 1978; geändert 23/81, BAnz Nr. 40 v. 27. 2. 1981; **Parkett- und Fußbodenleger** (83) 36/79, BAnz Nr. 66 v. 4. 4. 1979, Änderung noch nicht veröffentlicht; **Fenster- und Fassadenbau** (106) 7/80, BAnz Nr. 21 v. 31. 1. 1980; **Sanitärtechnik** (30) 82/77, BAnz Nr. 155 v. 20. 8. 1977; geändert 96/80, BAnz Nr. 228 vom 6. 12. 1980.

95 Das Bundeskartellamt hat innerhalb Berlins eine kleine - nicht repräsentative - Umfrage zum Verbreitungsgrad durchgeführt und kam dabei auf circa 30 % kollektiver Anwendung der Konditionenempfehlung.

96 Ebenso *Bunte*, AcP 1981 S. 60/81.

97 Zur Historie der AGB siehe *Raiser*, Allgemeine Geschäftsbedingungen 1935, Nachdruck 1961 S. 26, 27 mit Nachweisen; zur Entwicklung im Reparaturhandwerk *Micklitz*, Verbraucherschutz im Reparaturhandwerk, 1983 S. 10 ff.

88 Grundlage der eigenen Berechnungen bilden die Jahresberichte des Verbraucherschutzesvereins.

89 Ebenfalls eigene Berechnungen auf der Basis der Geschäftsberichte der Verbraucherzentrale Baden-Württemberg.

90 Der Anmeldeboom ist jedenfalls vorbei, das Bundeskartellamt ist hauptsächlich mit Änderungsanträgen befaßt, die aus der Rechtsprechung des BGH folgen. Am 22. 3. 1982 lagen 33 Änderungsanträge vor.

91 Die eigene Auswertung beruht auf der Relevanz für private Endverbraucher. Das Bundeskartellamt orientiert sich an § 4 HGB, rechnet das anmeldende Kleingewerbe zu den „Verbrauchern“ i. S. des AGB-Gesetzes, was bedeutsam ist wegen §§ 10, 11.

92 **Möbelverkauf** (24) 33/77, BAnz Nr. 71 v. 15. 4. 1977; geändert 19/80, BAnz Nr. 49 v. 11. 3. 1980; geändert 141/81, BAnz Nr. 238 v. 19. 12. 1981; **Elektrohandwerk** (32) 99/77, BAnz Nr. 188 v. 6. 10. 1977;

III. Auswertung der Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle (§§ 9–11 AGB-Gesetz)

Eine vollständige Entscheidungssammlung aller Verbandsklageverfahren existiert nicht. Theoretisch würde das AGB-Register⁹⁸ einen nahezu umfassenden Einblick ermöglichen, da die mit einer Verbandsklage befaßten Gerichte dem Bundeskartellamt in 90 % aller Fälle eine vollständige Ausfertigung des Urteils zukommen lassen, obwohl sie dazu von rechts wegen nicht verpflichtet sind. Praktisch ist das AGB-Register nicht öffentlich zugänglich; gar eine Veröffentlichung der Verbandsklageentscheidungen von Amts wegen nicht vorgesehen. Abgesehen von den Veröffentlichungen der Urteile in den einschlägigen juristischen Fachzeitschriften, findet sich eine systematische, wenn auch nicht vollständige Zusammenstellung in der Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz, die von Bunte herausgegeben wird. Da in dieser Sammlung Individualverfahren und Verbandsklageverfahren abgedruckt werden, ohne daß zwischen den verschiedenen Klagformen systematisch unterschieden wird, erscheint es vom Zweck der Untersuchung her sinnvoll, sich an der Klagtätigkeit des Verbraucherschutzvereins bzw. der Verbraucherzentralen zu orientieren. Hier erweist sich die vom Verbraucherschutzverein geführte Statistik als hilfreich. Nach Branchen geordnet⁹⁹ läßt die Klagtätigkeit, Stand 1. 6. 1983, folgende Schwerpunkte erkennen:

- 52 Urteile wurden in der Baubranche erstritten. Vornehmlich betrafen die angegriffenen Klauseln Fassadenverkleidungs- und Fensterbauunternehmen, die den Verbraucherzentralen der Länder in der täglichen Beratungspraxis erheblich zu schaffen machen. An der Haustür werden Bargeschäfte um DM 10 000 zu haarsträubenden Konditionen abgeschlossen.
- Aus dem Dienstleistungssektor rühren 40 Urteile her, die gänzlich verschiedene Branchen tangieren: Wartungsverträge, Chemisch-Reiniger, Beförderungsverträge, Unterrichtsverträge, Reparaturverträge.
- Gegen den Elektrohandel ergingen 30 Urteile. Das Spektrum der angegriffenen Klauseln ist weit: Abtretung von Lohn- und Gehaltsansprüchen als Sicherheit, Beschränkung der gesetzlichen Gewährleistungsrechte entgegen dem AGB-Gesetz auf Nachbesserung, Ersatzlieferung oder Gutschrift, Gewährleistungsausschluß nach Dritteingriff, Haftungsausschluß für Verlust durch Feuer, Einbruch und Diebstahl, Haftungsausschluß für den Rücktransport nicht abgenommener Geräte.
- Rege Aktivitäten hat der Verbraucherschutzverein im Möbelhandel entfaltet; 37 Mal mußten die Gerichte entscheiden. Durchgängig wurden mehrere Klauseln gleichzeitig angegriffen, einige Fallkonstellationen lassen sich als branchenspezifische Probleme herausdestillieren. 4 Mal wurden Klauseln geprüft, die den Verbraucher nahezu rechtlos stellen, wenn die Möbel angeliefert werden und er nicht zuhause ist (Abnahmeklausel). Gleich 13 Mal ging es um die Zulässigkeit von Mängelrügefristen, die nach § 11 Nr. 10 e nur für offensichtliche Mängel vom AGB-Verwender festgesetzt werden dürfen. An der Spitze liegen Schadenspauschalierungsklauseln mit 18 Überprüfungen¹⁰⁰.

Ganz überwiegend ergingen die Urteile gegen Einzelunternehmen. Lediglich in 3 Fällen hat der Verbraucherschutzverein eine Klage gegen den Empfehler von AGB angestrengt: Gegen den Deutschen Radio- und Fernsehverband; den Deutschen Textilreinigungsverband sowie gegen die vom Zentralverband des Kfz-Handels, Verband der Automobilindustrie und Verband der Importeure von Kfz gemeinsam empfohlenen Neuwagen-Bedingungen.

Leider führt die Verbraucherzentrale Baden-Württemberg keine ähnlich detaillierte Statistik. Auch ohne Aufschlüsselung nach Branchen läßt sich aus den Geschäftsberichten eine nahezu identische Verteilung feststellen.

Die Fülle der Entscheidungen zwingt zu einer selektiven Vorgehensweise bei der Urteilsanalyse. Anknüpfungspunkt für die getroffene Auswahl ist die Arbeitsweise des Verbraucherschutzvereins, der einmal ihm von den Verbraucherzentralen zugeleiteten Beschwerden nachgehen muß¹⁰¹, andererseits selbständig systematisch branchenspezifische Klauselwerke durcharbeitet. Stellvertretend für eine eher punktuelle Arbeitsmethode haben wir die Komplexe Preisklauseln und Gewährleistung/Garantie ausgewählt, die in den verschiedensten Facetten weite Bereiche verbraucherrelevante Fallkonstellationen berühren. Exemplarisch für eine systematische und nicht branchenübergreifend problembezogene Vorgehensweise steht die Erörterung der Reparaturbedingungen des Kfz- und Elektrohandwerks sowie des Chemisch-Reinigungsgewerbes, das seinen Handwerkscharakter infolge der Technisierung zwar weitgehend verloren hat, inhaltlich aber dem Kfz- und Elektrohandwerk nahesteht. Anhand klauselübergreifender Thesen haben wir versucht, die bislang ergangene Rechtsprechung zu systematisieren und aus der Perspektive des Verbraucherschutzes zu bewerten.

1. Preisklauseln

1. These: Das Verbot formularmäßiger Preiserhöhungen innerhalb eines Zeitraums von vier Monaten zwischen Vertragsschluß und vereinbarter Lieferfrist repräsentiert einen absoluten Mindestschutz, der in AGB unabhängig von wirtschaftlichen Entscheidungen der Disposition des AGB-Verwenders/AGB-Empfehlers entzogen ist.

BGH, Urteil vom 23. April 1980 – VIII ZR 80/79 – sogenannte Mehrwertsteuerklausel¹⁰². Die Vorschrift des § 11 Nr. 1 regelt das Verbot kurzfristiger Preiserhöhungen. Hiernach sind automatisch solche Klauseln unwirksam, die es dem Verwender erlauben, Preiserhöhungen für Waren oder Dienstleistungen innerhalb eines Zeitraums von vier Monaten zwischen Vertragsabschluß und vereinbartem Leistungstermin an seinen Vertragspartner weiterzugeben. Gegenstand der zitierten BGH-Entscheidung war eine Klausel, die vom Verband der Automobilindustrie e. V. (VDA) und dem Verband der Importeure von Kraftfahrzeugen e. V. (VdIK) in Zusammenarbeit mit dem Zentralverband des Kfz-Handels e. V. (ZdK) im Rahmen einer Konditionenempfehlung über „Allgemeine Geschäftsbedingungen für den Verkauf von fabrikneuen Kfz und Anhängern“ empfohlen und im Bundesanzeiger vom 14. 6. 1977 bekannt gegeben worden ist¹⁰³. Sie lautet:

98 Vgl. die Überblicke bei *Creutzig*, Betrieb 1979 S. 151; *Hardieck*, 1979 S. 708 und 1635 ff.; *Hennig/Jarre*, BB 1981 S. 1161; *Seifert*, BB 1982 S. 464 ff.

99 Es handelt sich um eine eigene Auswertung anhand der Geschäftsberichte des Verbraucherschutzvereins. Der VSV führt nach Branchen geordnet eine Statistik der Unterlassungsklagen, die eine Gegenüberstellung der Klagtätigkeit von 1977 bis 1982 erlaubt.

100 Zahlenangaben aus der Abschlußarbeit von *Andrea Sjürsen*, Das AGB-Gesetz in der Praxis, 1982 S. 44–46, die die Möbelbranche, die Elektrobranche und die Autobranche exemplarisch untersucht hat.

101 Hier liegt das Schwergewicht der Tätigkeit des VSV; *Bunte*, AcP 1981 S. 31 ff. (56).

102 BGH, NJW 1980 S. 2133 = JZ 1980 S. 529 = BB 1980 S. 1391; zuerst AG *Krefeld*, 11. 4. 1978, NJW 1978 S. 1534 = BB 1978 S. 983; *Creutzig*, DB 1978 S. 2253, hatte dafür plädiert, daß die befaßten Amtsgerichte die Entscheidung aussetzen, solange bis der BGH Stellung genommen hat, Verstoß gegen § 11 Nr. 1 nahmen an OLG *Düsseldorf*, NJW 1979 S. 1509; OLG *Frankfurt a. M.*, 21. 12. 1978, NJW 1979 S. 985 = BB 1979 S. 703 = Betrieb 1979 S. 689 = WPM 1979 S. 313; a. A. LG *Düsseldorf*, 8. 11. 1978, NJW 1979 S. 986 = BB 1979 S. 704 mit ablehnender Anmerkung von *Dittmann*; zuletzt *Jung*, BB 1981 S. 1606, würdigt die Mehrwertsteuerentscheidung in ihren Auswirkungen auf die Automobilbranche.

103 Bundesanzeiger Nr. 108 v. 14. 6. 1977.

„Bei Lieferungen innerhalb von vier Monaten gilt in jedem Fall der am Tage des Vertragsschlusses gültige Preis. Änderungen des Umsatzsteuersatzes berechtigen beide Parteien zu entsprechenden Preisanpassungen.“

Während der erste Teil der Klausel der Verbotsbestimmung des § 11 Nr. 1 entspricht, wird aus der sog. Mehrwertsteuerklausel deutlich, daß entsprechende Änderungen des Umsatzsteuersatzes auch innerhalb eines Zeitraums von vier Monaten zu einer Preisänderung berechtigen sollen. Den aktuellen Anlaß der Beanstandung der Klausel durch den VSV bildete die Erhöhung der Umsatzsteuer zum Jahreswechsel 1977/78 von 11 auf 12 %. Das Bundeskartellamt war zu den jeweiligen Verhandlungsterminen vor den Gerichten in Frankfurt durch einen Vertreter repräsentiert. Scheinbar beruhte die Führung dieses Rechtsstreits auf einer Anregung des Bundeskartellamts. Der BGH bestätigte in der Revision die von den Vorinstanzen erklärte Unwirksamkeit der Klausel. Bei der Auslegung des § 11 Nr. 1 bediente er sich klassischer Auslegungskriterien.

Vom Wortlaut der Bestimmung ausgehend, stellte der BGH fest, daß § 11 Nr. 1 das Erhöhungsverbot an den Preis knüpft, den der Käufer für den Erwerb der Kaufsache aufwenden muß. Dieser Kaufpreis umfaßt auch den Umsatzsteueranteil. Bestätigt findet der BGH dieses vom Wortlaut her gefundene Ergebnis durch einen Blick auf die Entstehungsgeschichte. Die Bestimmung ist inhaltlich ausgerichtet an § 1 Abs. 1 und 5 der Verordnung über Preisangaben vom 10. 5. 1973. Da es sich bei diesen Vorschriften lediglich um preisordnungsrechtliche Regelungen handelt, läßt ein Verstoß die materielle Wirksamkeit des abgeschlossenen Vertrages unberührt; mit der Folge, daß der mit dem preisordnungsrechtlichen Vorschriften verfolgte Zweck, den Käufer bei kurzen Lieferfristen gegen Preiserhöhungen zu sichern, nur unvollkommen erreicht wird. Die hierdurch bestehende Lücke im Verbraucherschutz schließt § 11 Nr. 1 als materiell-rechtliche Ergänzung des § 1 Abs. 5 Preisangabenverordnung, so daß § 1 Preisangabenverordnung und § 11 Nr. 1 in gleicher Weise auszulegen sind. Schließlich führt die rechtssystematische Ausgestaltung der Vorschrift des § 11 Nr. 1 zu einer restriktiven Interpretation im Hinblick auf zulässige Preiserhöhungen. Während zum Teil in der Literatur die Ansicht vertreten worden ist, daß § 11 Nr. 1 keine Anwendung findet, wenn und soweit die Preiserhöhungen unmittelbar aus einer Maßnahme des Gesetzgebers beruhen und insbesondere typischerweise den Letztverbraucher treffen sollen, kommt der BGH zu dem Ergebnis, daß bei kurzen Lieferfristen ein formulärmäßiger Preiserhöhungsvorbehalt generell unwirksam ist, gleichgültig, welche Gründe für eine solche Erhöhung maßgebend sind. Dies folgt aus den genau umrissenen Ausnahmefällen (Dauerschuldverhältnisse, in § 99 Abs. 1 Abs. 2 Nr. 1 GWB aufgeführte Beförderungsentgelte). Dem Gesetzgeber war bei Schaffung der Vorschriften bekannt, daß dem Verkäufer notwendig erscheinende Preiserhöhungen auch auf gesetzgeberischen Maßnahmen beruhen können. Da er dennoch davon abgesehen hat, solche Fälle in den Ausnahmekatalog mit aufzunehmen und weil der Katalog angesichts der Formulierung als abschließend aufzufassen ist, fallen gerade auch solche, nicht aus der Sphäre des Verkäufers stammende Preiserhöhungen unter das Klauselverbot.

Wenngleich die tragenden Entscheidungsgründe auf einer rein rechtlichen Interpretation der Vorschrift des § 11 Nr. 1 beruhen, so erkennt der BGH unter verbraucherpolitischen Aspekten durchaus, daß der Verbraucher bei seinem Bemühen um ein Verständnis und einer Einschätzung der Bedeutung von umfassenden, abstrakt formulierten Geschäftsbedingungen, hier ein Klauselwerk von insgesamt mehr als 200 Druckzellen, überfordert ist. Möglicherweise haben diese Umstände den BGH beeinflusst.

2. These: Preiserhöhungen über den absoluten Mindeststandard von vier Monaten hinaus knüpft die Rechtsprechung an den Verwender treffende Kostensteigerungen und entzieht die Preisänderung dem marktwirtschaftlichen Preisbildungsprozeß¹⁰⁴.

BGH-Urteil vom 11. 6. 1980 – VIII ZR 174/79 –, Preiserhöhungsklausel im Dauerschuldverhältnis¹⁰⁵; BGH-Urteil vom 7. 10. 1981 – VIII ZR 229/80 –, sog. Tagespreisklausel¹⁰⁶.

In diesen Entscheidungen hatte sich der BGH mit Preiserhöhungsklauseln zu befassen, auf die die Vorschrift des § 11 Nr. 1 ausdrücklich keine Anwendung findet (Dauerschuldverhältnis) bzw. die dem Anwendungsbereich des § 11 Nr. 1 dadurch entzogen sind, daß mögliche Preiserhöhungen ausschließlich den Zeitraum von mehr als vier Monaten betreffen, sog. Tagespreisklauseln.

Die Klauseln lauteten:

Preiserhöhungsklausel im Dauerschuldverhältnis:

„Preiserhöhungen oder Änderungen der ortsüblichen Zustellgebühr entbinden nicht von diesem Vertrag, auch dann nicht wenn diese Änderungen zwischen Vertragsschluß und Lieferbeginn liegen“

Tagespreisklausel:

„Preisänderungen sind nur zulässig, wenn zwischen dem Vertragsschluß und vereinbartem Liefertermin mehr als vier Monate liegen, dann gilt der am Tag der Lieferung gültige Preis des Verkäufers.“

Beide Klauseln boten dem Verbraucherschutzverein Anlaß, die Inhaltskontrolle von Preisänderungsklauseln über § 9 zu testen. Die angegriffene Tagespreisklausel – identisch mit derjenigen aus der Neuwagen-Konditionenempfehlung – hat der VSV aus streitwerttaktischen Überlegungen gegenüber einem Kfz-Händler eingeklagt, obwohl von Anfang an klar war, daß vor allem die Firma Daimler Benz, die im Neuwagen-Verkauf mit extrem langen Lieferfristen arbeitet, von dem Ergebnis dieser Entscheidung betroffen sein würde.

In beiden Fällen macht der BGH deutlich, daß sich auch solche Preiserhöhungsklauseln nicht in einem AGB-kontrollfreien Raum bewegen, auf die § 11 Nr. 1 keine Anwendung findet. Derartige Klauseln sind zwar nicht automatisch unwirksam; umgekehrt läßt sich nicht sagen, daß Klauseln, die nicht von § 11 Nr. 1 erfaßt werden, generell wirksam sind. Vielmehr ist deren Zulässigkeit anhand der Generalklausel des § 9 zu messen. Der BGH betont in der ersten Entscheidung den in § 433 BGB niedergelegten Grundsatz, nach dem der vereinbarte Lieferpreis während der für den Bezieher unkündbaren Laufzeit des Vertrages einzuhalten ist, auch für Dauerschuldverhältnisse. Der BGH erkennt zwar die Berechtigung von Preiserhöhungen im Zeitschriftenvertrieb durchaus an, hält jedoch den angemessenen Ausgleich der beiderseitigen Vertragsinteressen nur für gewahrt, wenn die Preiserhöhungsklausel nicht jede beliebige Erhöhung des Bezugspreises zuläßt, sondern von vornherein in einer Weise gestaltet ist, die den Käufer bereits bei Vertragsschluß erkennen läßt, in welchem Umfang Preiserhöhungen hinzukommen können. Der Käufer soll in die Lage versetzt werden, die Berechtigung einer vorgenommenen Preiserhöhung an der Ermächtigungsklausel zu messen, wobei als Bemessungskriterien in der Klausel zu nennende kostensteigernde Faktoren in Betracht kommen. Damit sieht der BGH die Veränderung des Bezugspreises als ein Problem der Kostenentwicklung, obwohl die Preisbildung in einer marktwirtschaftlichen Ordnung sich primär nicht nach Kostenfaktoren, sondern sich jedenfalls im Modell nach Angebot und Nachfrage bestimmt.

In der zweiten Entscheidung betont der BGH angesichts langer Lieferfristen, wie sie im Kraftfahrzeughandel nicht ungewöhnlich sind, ein berechtigtes Interesse des Händlers,

¹⁰⁴ Allgemein zur Zulässigkeit von Preisänderungsverhalten Bilda, MDR 1979 S. 89; Burck, DB 1978 S. 1385; ebenfalls umfassend Jung, BB 1981 S. 1606.

¹⁰⁵ BGH, NJW 1980 S. 2518 = BB 1980 S. 1490 = Betrieb 1980 S. 2125 = ZIP 1980 S. 765.

¹⁰⁶ BGH, NJW 1982 S. 331 ff. = BB 1982 S. 146 ff.; OLG Frankfurt a. M., 12. 6. 1980, BB 1980 S. 1550; dazu Jung, BB 1981 S. 1606 (1608); eine eingehende Analyse der Tagespreisklausel-Entscheidung v. 7. 10. 1981 liefern Löwe, DAR 1982 S. 33; derselbe, BB 1982 S. 152 ff. (157); Salje, DAR 1982 S. 88 ff.; Kötz, BB 1982 S. 644 ff. mit Erwiderung Löwe S. 648 ff. und Ulmer, BB 1982 S. 1125 ff.

zwischenzeitlich notwendig werdende Preiserhöhungen auf den Käufer abzuwälzen, um nicht von vornherein einen Sicherheitsfaktor in die Preiskalkulation einbeziehen zu müssen, der sich auch auf von der Kostenerhöhung zeitlich nicht betroffene Käufer auswirken würde. Hier kommt es jedoch auf die Modalitäten der Klauselgestaltung an. Unabhängig von der tatsächlichen Handhabung der Klausel ist der formularmäßige Preisänderungsvorbehalt dann nicht mehr angemessen, wenn Wortlaut und Inhalt der Klausel über die Abwälzung der Kostensteigerungen hinaus dem Verwender die Möglichkeit eröffnen, die Preisklausel zu einer zusätzlichen Gewinnerzielung zu mißbrauchen. Ermöglicht die uneingeschränkte Fassung einer Preiserhöhungsklausel durch zwischenzeitliche Kostenanstiege nicht gedeckte Preiserhöhungen, sieht der BGH das Äquivalenzprinzip als so gestört an, daß die Klausel als unwirksam anzusehen ist. Der BGH nimmt eine kostenorientierte Betrachtungsweise für die Angemessenheit einer Klausel vor. Seine im ersten Urteil aufgestellte These, die Formulierung der Klausel müsse erkennen lassen, in welchem Umfang Preiserhöhungen auf den Kunden zukommen, damit dieser in der Lage sei, die Berechtigung vorgenommener Preiserhöhungen an der Ermächtigungsklausel zu messen, läßt der BGH in Anbetracht der Schwierigkeiten, eine umfassende und dennoch verständliche Formulierung zu finden, fallen. Ein allgemein gehaltener Änderungsvorbehalt dahingehend, daß Preiserhöhungen lediglich im Umfang zwischenzeitlicher Kostensteigerungen zulässig sind, beseitigt ebensowenig die Unangemessenheit einer Klausel wie eine komplizierte, alle Faktoren der Kostensteigerung erfassende Formulierung, deren Verständnis sich jedoch dem nichtkaufmännischen Kunden entzieht. Festzuhalten bleibt, daß der BGH in beiden Entscheidungen die Wettbewerbsverhältnisse als allein ausreichendes Korrektiv ablehnt.

3. These: Ein vom Verwender einzuräumendes Rücktrittsrecht ab einer prozentualen Überschreitung des vereinbarten Kaufpreises soll die Schwierigkeiten einer nach Kostengesichtspunkten orientierten zulässigen Preiserhöhung ausgleichen.

Um Preiserhöhungsklauseln mit Anknüpfungspunkt an die Kostenentwicklung nicht gänzlich unmöglich zu machen, sieht sich der BGH zu einem Weg genötigt, der wenig überzeugend ist. Da nach Ansicht des BGH ein Preisänderungsvorbehalt unter Berücksichtigung kostensteigernder Faktoren aus mangelnden Transparenz- oder Verständlichkeitsgründen kaum formulierbar erscheint, behilft er sich damit, die Unangemessenheit dadurch aufzuheben, daß dem Käufer unter bestimmten Voraussetzungen ein Lösungsrecht vom Vertrag eingeräumt wird. Dies soll auf diejenigen Fälle beschränkt sein, in denen die Preiserhöhung einen bestimmten Prozentsatz des Kaufpreises übersteigt, um der Gefahr eines Mißbrauchs von Seiten des Käufers vorzubeugen. Damit verlagert der BGH die Inhaltskontrolle auf die Rechtsfolgende. Eine solche Verlagerung des Problems kann eine Entwicklung herbeiführen, die heute noch gar nicht überschaubar ist. Rechtsdogmatisch ist es unvertretbar, Klauseln, die dem Verwender bestimmte Rechte einräumen oder durch die er sich von bestimmten Pflichten freizeichnet, in der Weise zu billigen, daß aus der Einräumung bestimmter Rechtsfolgen zugunsten des Vertragspartners auf die Zulässigkeit der Voraussetzungen der Klausel geschlossen werden kann. Änderungsvorbehalte, die in ihren Voraussetzungen unzulässig formuliert und für den Kunden unzumutbar sind, können nicht dadurch wirksam werden, daß dem Kunden zugleich ein Rücktrittsrecht eingeräumt wird. Richtigerweise kann das Lösungsrecht nicht als Ersatz einer unwirksamen Preisänderung angesehen werden, sondern muß kumulativ mit einer in ihren Voraussetzungen angemessenen Preisänderungsklausel gekoppelt werden.

Inzwischen hat die Daimler Benz AG die entsprechende Klausel geändert und folgende Formulierung gewählt:

„Der Käufer kann vom Vertrag zurücktreten, wenn sich der bei Vertragsschluß gültige Preis ohne Umsatzsteuer um mehr als 6 % erhöht.“

Ob der gewählte Prozentsatz die Kostenentwicklung angemessen berücksichtigt bzw. an welche kostensteigernden Faktoren er anknüpft, müßte gesondert im Verbandsklageverfahren geprüft werden, zumal VW-Audi den Prozentsatz einschließlich Umsatzsteuer mit 4 % angesetzt hat¹⁰⁷.

4. These: Eine relative Festschreibung des Vertragspreises bei Einräumung eines Rücktrittsrechts ist nur auf dem Verhandlungswege möglich.

Der Verbraucherschutzverein hat gegenüber dem Deutschen Reisebüro-Verband, der am 3. Oktober 1980 „Allgemeine Geschäftsbedingungen für Reiseverträge“ als unverbindliche Konditionenempfehlung angemeldet hat, folgende Preisänderungsklausel beanstandet:

„Der Reiseveranstalter ist berechtigt, sich unter bestimmten, in seinen Reisebedingungen im einzelnen anzugebenden Voraussetzungen, eine nachträgliche Änderung des Reisepreises vorzubehalten, sofern zwischen Reisebestätigung und vertraglich vorgesehenem Antritt der Reise mehr als vier Monate liegen. Im Falle einer nachträglichen Änderung des Reisepreises hat der Reiseveranstalter den Kunden darüber in Kenntnis zu setzen. Der Kunde ist berechtigt, ohne Zahlung eines Entgeltes vom Reisevertrag zurückzutreten.“

Der VSV hat die Ansicht vertreten, daß Preiserhöhungen auch bei Reisen, bei denen zwischen Reisebestätigung und vertraglich vorgesehenem Reiseantritt mehr als vier Monate liegen, nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vor Reiseantritt möglich sein dürften, um das dem Reisenden gleichzeitig eingeräumte Rücktrittsrecht nicht leerlaufen zu lassen. Es ist davon auszugehen, daß der Reisende, der erst kurz vor Reiseantritt von einer solchen Preiserhöhung informiert wird, diese wohl oder übel hinnehmen muß, da sich kurzfristig gerade in Hauptreisezeiten eine anderweitige Reisemöglichkeit nicht mehr ergeben wird. Das eingeräumte Rücktrittsrecht läuft leer. Im Verhandlungswege ist die Klausel geändert worden. Der Reiseveranstalter wird verpflichtet, den Kunden bis spätestens drei Wochen vor Reiseantritt über eine nachträgliche Änderung des Reisepreises zu informieren. Preiserhöhungen nach diesem Zeitpunkt sind nicht mehr zulässig. In diesem besonderen Dienstleistungsbereich ist außerhalb des durch die Vorschrift des § 11 Nr. 1 gewährten Bestandsschutzes ein relativer Preisstop und damit ein Ergebnis erzielt worden, daß die Grenzen der Wirksamkeit von Preisänderungsklauseln jedenfalls in diesem Wirtschaftszweig noch enger zieht als vom BGH aufgezeigt.

2. Gewährleistung/Garantie

1. These: „Gekauft wie besichtigt und unter Ausschluß jeder Gewährleistung“ oder der Bestandsschutz etablierter Marktpraktiken im Gebrauchtwagenhandel.

Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht ist gegenüber AGB weitgehend festgeschrieben, wie die besonderen Klauselverbote der §§ 11 Nr. 10 und 11 zeigen. Dennoch bleiben Fragen offen, die im Zusammenhang mit § 9 zu lösen sind. Hierzu gehört die seit Jahren im Gebrauchtwagenhandel geübte Vertragspraxis, die für diesen Bereich geltende gesetzliche Gewährleistung der §§ 459 ff. auszuschließen¹⁰⁸:

„Gebraucht wie besichtigt und unter Ausschluß jeglicher Gewährleistung“

Die Klausel zielt darauf ab, jegliche Einstandspflicht für den Zustand des Fahrzeuges auszuschließen. Wesentliche Rechte, die sich für den Käufer eines gebrauchten Fahrzeuges aus der Natur des Vertrages ergeben, werden derart eingeschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Wer einen Gebrauchtwagen kauft, gibt dafür mehr Geld aus als für ein Schrottfahrzeug oder für einen „Bastlerwagen“. Der Sinn des Kaufvertrages über einen Gebrauchtwagen besteht gerade darin, dem Käufer ein zwar benutztes,

¹⁰⁷ Dazu Bartsch, DB 1983 S. 214 ff.

¹⁰⁸ Zur Problematik der Kaufverträge über Gebrauchtwagen Reich/Micklitz, Verbraucherschutzrecht in der BRD, 1980, Rdnr. 216 ff.

aber fahrtüchtiges und verkehrssicheres Fahrzeug zu verschaffen. Anlaß für den VSV, die Klausel, die in jahrelanger Rechtsprechung vom BGH gebilligt worden war, überprüfen zu lassen, bildete ein Urteil des LG Augsburg vom 17. 5. 1977 - 4 S 635/76¹⁰⁹ -. Das Landgericht hatte den vollständigen Gewährleistungsausschluß als Vertragszweckgefährdung und damit als unwirksam angesehen. Diese Einschätzung teilt der BGH nicht. Er bekräftigte im Urteil vom 11. 6. 1979 - VIII ZR 224/78¹¹⁰ -, dem ersten in § 13-Verfahren ergangenen Urteil seit Inkrafttreten des AGB-Gesetzes, seine Auffassung, daß der vollständige Gewährleistungsausschluß im Gebrauchtwagenhandel auch gegenüber Nichtkaufleuten nicht zu beanstanden sei. Der BGH betont die nur beschränkten Möglichkeiten des Gebrauchtwagenverkäufers, sich über den Zustand des von ihm verkauften Kraftfahrzeuges zu informieren. Er kommt zu dem Ergebnis: Schon nach sehr kurzer Zeit lasse sich nicht mehr feststellen, ob ein Fehler bereits bei Kaufabschluß vorhanden war oder erst nach dem für die Gewährleistung maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs entstanden ist. Nach der gesetzlichen Regelung ist es Sache des Käufers zu beweisen, daß das Fahrzeug bei Übergabe mangelhaft gewesen ist. Das Ergebnis der Argumentation bleibt zwiespältig: Der Käufer wird vornherein nicht mit der Beweislast konfrontiert, ihm werden erst gar keine Ansprüche eingeräumt. Bedeutung gewinnt die Überlegung jedoch deshalb, weil der BGH eine allgemeine Untersuchungspflicht des Gebrauchtwagenhändlers verneint. Apodiktisch stellt er fest: Mit einer allgemeinen Untersuchungspflicht würde man die Anforderungen an einen Gebrauchtwagenhändler überspannen. Der Käufer von Gebrauchtwagen wird mit Ratschlägen vertröstet. Er könne eine Probefahrt machen, er sei in der Lage, durch eine, wenn auch kostenverursachende, Diagnose den Zustand des Fahrzeuges sicherzustellen, schließlich könne er sich bestimmte für ihn wesentliche Eigenschaften des Fahrzeuges zusichern lassen¹¹¹.

Das Ergebnis der Entscheidung und die Methode der Entscheidungsfindung überzeugen nicht. Die Dominanz der Händlerinteressen beruht auf mehreren Ursachen: Zum einen dürften die erkennenden Richter nur über begrenzte persönliche Erfahrungen auf dem Gebrauchtwagenmarkt verfügen. Wer die gutgemeinten Ratschläge mit der Praxis des Gebrauchtwagenhandels vergleicht, weiß nämlich, daß die Empfehlungen mangels Durchsetzbarkeit oftmals ins Leere laufen. Zum anderen befürchten die BGH-Richter, mit der Eliminierung der Klausel den Bestand einer eingefahrenen Marktpraxis aufzulösen und in existenzbedrohender Weise in einen ganzen Wirtschaftsbereich einzubrechen. Gerade darauf zielt das vom BGH herangezogene Argument, der völlige Gewährleistungsausschluß entspräche einem Verbot der wirtschaftlichen Vernunft.

Wahrscheinlich könnte der BGH in Anbetracht der in der Folgezeit ergangenen Entscheidungen das Urteil nicht mehr aufrechterhalten. Er hat immer wieder betont, daß Vertragsbedingungen in der kundenfeindlichsten Ausgestaltung zu würdigen sind und Umstände der tatsächlichen Handhabung einer Klausel ebenso außer Betracht bleiben müssen, wie die rein theoretisch dem Käufer zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, nachteilige Wirkungen einer Klausel durch entsprechendes eigenes Verhalten insbesondere in Form von Individualabreden abzumildern. Zwischenzeitlich, aber ohne direkten ursächlichen Zusammenhang, hat der ZdK unter Mitwirkung des ADAC beim Bundeskartellamt eine Konditionenempfehlung für den Handel mit gebrauchten Fahrzeugen angemeldet¹¹². Diese wurde im Bereich der Gewährleistung als wesentliche Verbesserung der Rechtsposition des Käufers durch die Einräumung eines dreimonatigen Nachbesserungsrechts gefeiert. Bei genauer Betrachtung der einschlägigen Bestimmungen zeigen sich jedoch Defizite, die eine differenziertere Betrachtung verlangen¹¹³. Der in den Gebrauchtwagen-Bedingungen gewährte Nachbesserungsanspruch hängt von folgenden Voraussetzungen ab:

(1) Der Händler muß den Zustandsbericht ausgefüllt und dem Verbraucher übergeben haben. Auf einem Formblatt

hat der Händler sieben wesentliche Funktionen in einem Ja/Nein-Schema zu beurteilen.

- Bremsen funktionieren ordnungsgemäß
- Tragende Bauteile an Karosserie und Rahmen frei von Durchrostungen
- Bereifung der Laufräder nach Bauart und Profil ordnungsgemäß
- Alle elektrischen Anlagen funktionieren
- Schalldämpferanlage frei von Durchrostungen
- Fahrwerk, Stoßdämpfer und Lenkung betriebsbereit
- Motor, Getriebe, Antrieb funktionieren.

Die entscheidende Schwachstelle der Gebrauchtwagen-AGB ist in der fehlenden Verpflichtung des Händlers, den Zustandsbericht auszufüllen, zu erblicken¹¹⁴. Ohne ausgefüllten Zustandsbericht steht der Verbraucher aber genauso mit leeren Händen da, wie im Fall des vollständigen Gewährleistungsausschlusses. Von untergeordneter Bedeutung ist deshalb der Ausschluß von Schadensersatzansprüchen in den AGB. Der Käufer bleibt auf den Nachbesserungsanspruch verwiesen, weil die Angaben im Zustandsbericht laut AGB nicht als zugesicherte Eigenschaften anzusehen sind. Ob die Rechtsprechung dieser Einstufung folgt, ist bislang offen, da Urteile nicht vorliegen.

(2) Voraussetzung des Nachbesserungsanspruchs ist weiterhin, daß der wirkliche Zustand des Fahrzeuges im Zeitpunkt der Übergabe von dem angegebenen Zustand abweicht. Die Beweislast trägt der Käufer.

(3) Die Pflicht zur Nachbesserung entfällt, wenn der Käufer den Nachbesserungsanspruch nicht unverzüglich nach Feststellung unrichtiger Angaben im Zustandsbericht beim Verkäufer geltend macht.

(4) Ein Verlust des Nachbesserungsanspruchs droht dem Käufer, wenn er dem Händler nicht unverzüglich Gelegenheit zur Nachbesserung gibt. Da der Betrieb des Händlers Erfüllungsort ist, müßte grundsätzlich der Verkäufer dafür sorgen, daß das Fahrzeug wieder dorthin kommt.

Die praktische Bedeutung der Gebrauchtwagen-AGB ist gering. Keinesfalls erreichen sie eine ähnlich hohe Anwendungsquote wie die Kfz-Reparaturbedingungen oder die Neuwagen-Verkaufsbedingungen.

2. These: Die Berücksichtigung der kaufvertraglichen Praxis entgegen den Gewährleistungsvorschriften des BGB markiert die Grenzlinie der Abweichung vom dispositiven Recht.

Im Gewährleistungsbereich sind AGB-Klauseln anzutreffen, die die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche des Kunden aus den §§ 459 ff, 633 ff BGB auf ein Nachbesserungs- bzw. Ersatzlieferungsrecht abschließend beschränken. Da dies jedoch zu einer Rechtlosstellung des Kunden führen kann, hat

109 LG Augsburg, NJW 1977 S. 1543; ähnlich kritisch LG München, NJW 1977 S. 766.

110 NJW 1979 S. 1886 mit Anm. Löwe = JZ 1979 S. 643 = BB 1979 S. 1061 u. 1317 mit Anm. von Rudolf und Löwe = Betrieb 1979 S. 1739 = DAR 1979 S. 278; zuletzt Knipfel, DAR 1980 S. 164.

111 Tatsächlich ist der Käufer nicht rechtlos gestellt, dazu Reich/Micklitz, Verbraucherschutzrecht in der BRD, 1980, Rdnr. 216 am Ende S. 245.

112 Bundesanzeiger Nr. 93 v. 21. 5. 1980; Besprechung von Eggert, BB 1980 S. 1826 ff.; es wäre sicherlich lohnenswert, den Zusammenhang zwischen der BGH-Entscheidung, dem schlechten Image des Gebrauchtwagenhandels und den neuen Gebrauchtwagen-AGB detaillierter zu untersuchen.

113 Zum Zusammenhang der Gebrauchtwagen-AGB und den Gebrauchtwagen-Schiedsstellen vgl. Micklitz, Schiedsstellen - Eine Hilfe für den Verbraucher, Verbraucher-Rundschau, Heft 11/1982 S. 7-9.

114 Hierin besteht der entscheidende Schwachpunkt des Regelwerkes auch nach Meinung des ADAC, Koepler, Efforts and Initiatives of the A. D. A. C. to Protect the Consumer Against Unfair Contract Terms, 2.; Louvain-la-Neuve, 1982.

der BGH in ständiger Rechtsprechung die Formel vom „Wiederaufleben der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche“ entwickelt¹¹⁵, sofern die vertraglich vorgesehene Nachbesserung/Ersatzlieferung fehlschlug. Diesen Grundsatz hat der Gesetzgeber bei der Schaffung des AGB-Gesetzes aufgenommen und in § 11 Nr. 10 b festgeschrieben. Die formularmäßige Beschränkung der Gewährleistungsansprüche auf Nachbesserung/Ersatzlieferung ist seither nur zulässig, wenn dem Kunden zugleich das Recht ausdrücklich vorbehalten wird, bei Fehlschlagen dieser Gewährleistungsmodalitäten auf die gesetzlichen Gewährleistungsrechte zurückgreifen zu können¹¹⁶.

Der BGH hatte sich in der Entscheidung vom 28. 11. 1979 – VIII ZR 317/78 –¹¹⁷ mit einer Klausel in den Einzelhandelsbedingungen über Radio-, Fernseh-, Foto-Geräte zu befassen, die dieses den eigentlichen Gewährleistungsansprüchen vorgeschaltete Nachbesserungsrecht zusätzlichen Einschränkungen unterwarf:

„Für die Nachbesserung des Gerätes umfaßt die Vollgarantie die Kosten für Teile und Lohn. Die Garantie erlischt sofort nach einem Eingriff oder nach einer Beschädigung durch den Käufer oder Dritte, nicht zum Betrieb gehörende Personen.“

Der BGH verwarf die Klausel als unzulässig. Er sieht in ihr einen Verstoß gegen den dem Käufer im Gewährleistungsbereich des AGB-Gesetzes garantierten Mindestschutz und verdeutlicht die einzelnen Verbotsstufen unter Hinweis auf die gesetzlichen Vorschriften. Nach § 11 Nr. 10 a darf der Verkäufer einer neu hergestellten Sache seine Gewährleistungsansprüche formularmäßig nicht insgesamt ausschließen. Dieses Verbot wird in § 11 Nr. 10 b dadurch relativiert, daß dem Verkäufer gestattet wird, unter Ausschluß der Gewährleistungsansprüche den Käufer – jedenfalls zunächst – auf ein Nachbesserungsrecht zu verweisen. Macht der Verkäufer von dieser Befugnis Gebrauch, so sagt das AGB-Gesetz nichts darüber, in welcher Art und Weise das Nachbesserungsrecht gewährt werden muß. Nach dem Wortlaut des § 11 Nr. 10 b reicht es anscheinend, wenn die Relativierung des absoluten Freizeichnungsverbotes in § 11 Nr. 10 a dadurch ausgeglichen wird, daß dem Käufer in bestimmter Form der Hinweis auf die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche gegeben wird.

Nach Auffassung des BGH muß ein Nachbesserungsanspruch, der der eigentlichen Gewährleistungsregelung des BGB widerspricht, umfassend und ohne Einschränkungen ausgestaltet sein. Einschränkungen des gesetzlichen Gewährleistungsanspruches, die das Gesetz selbst nicht kennt, betreffen auch den Nachbesserungsanspruch. Da die gesetzliche Gewährleistungshaftung verschuldensunabhängig ist, dürfe die Nachbesserungspflicht des Verkäufers nicht auf verschuldete Mängel beschränkt sein, der gesetzliche Gewährleistungsanspruch sei nicht von der vorherigen Anerkennung des Mangels durch den Verkäufer abhängig.

Der BGH mißt den Ausgestaltungsspielraum des vertraglichen Nachbesserungsanspruchs anhand der Möglichkeiten, die für den gesetzlichen Gewährleistungsanspruch gelten, um zu verhindern, daß der Käufer von einer doppelten Einschränkung der Gewährleistungshaftung des Verkäufers getroffen wird. Die von der Klausel vorgenommene Einschränkung des Nachbesserungsanspruchs existiert im gesetzlichen Gewährleistungsrecht nicht. Die Klausel führt zum Verlust der dem Käufer zustehenden Gewährleistungsansprüche, wenn die Kaufsache bei ihm beschädigt wird, obwohl sie bei Gefahrübergang tatsächlich mangelhaft war und obwohl die Bestätigung mit dem geltend gemachten Mangel nicht im Zusammenhang steht. Daher entspricht die Klausel nicht den Mindestanforderungen des § 11 Nr. 10. Weitreichende Konsequenzen ergeben sich für die Nachbesserungsklauseln in zahlreichen Kfz-Reparaturbedingungen, wonach der Käufer grundsätzlich verpflichtet ist, das Fahrzeug nur bei seiner Vertragswerkstatt zur Reparatur zu geben¹¹⁸.

3. These: Das Verständnis des rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittsverbrauchers entscheidet darüber, ob Gewährleistungsansprüche unberührt bleiben, wenn in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Garantie die Rede ist.

Im Urteil vom 10. 12. 1980 – VIII ZR 295/79¹¹⁹ – hatte der BGH über mehrere in einer sog. Garantiekarte zusammengefaßten Garantiebedingungen eines großen Versandhandelsunternehmens zu entscheiden. Dabei war unstrittig, daß die Garantiebedingungen für sich gesehen von dem Mindeststandard des § 11 Nr. 10 zulasten des Kunden abwichen. Da die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche in der Garantiekarte selbst nicht angesprochen wurden, kam es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit entscheidend darauf an, ob der Verbraucher die Teilregelung in den AGB als Ausschluß der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche verstehen mußte. Der BGH definierte die Anforderungen, die an den Verbraucher zu stellen sind, vom Sinn und Zweck der Verbandsklage her, nämlich den vom Verkäufer mit seinen AGB verfolgten Zielen entgegenzuwirken. AGB verkürzen in der Regel die dem Verbraucher nach dispositivem Recht zustehenden Ansprüche. Der Verbraucher soll davon abgehalten werden, seine Ansprüche geltend zu machen. Eine gerichtliche Überprüfung der Klausel wird so vermieden. Deswegen hat der Gesetzgeber in § 13 die Möglichkeit geschaffen, im Vorfeld der gerichtlichen Auseinandersetzung rechtlich zweifelhafte Klauseln zur gerichtlichen Nachprüfung zu stellen. Unter dem Blickwinkel der Zielrichtung des § 13-Verfahrens gelangt der BGH zu einer Klauselinterpretation, die darauf abstellt, wie die Klausel dem Verbraucher entgegengehalten werden kann, indem er sich der Formel vom Verständnis eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden bedient. Ein solcher rechtsunkundiger Durchschnittskunde versteht unter „Garantie“ den Umfang und die Begrenzung derjenigen Rechte, die ihm bei mangelhafter Lieferung gegen den Verkäufer zustehen. Die dort gewährten Rechte wird er als abschließend betrachten. Mit der kundenfeindlichsten Auslegung gelingt es dem BGH, die vom AGB-Gesetz zur Verfügung gestellten Schutzinstrumentarien voll zugunsten des Verbrauchers auszuschöpfen. Da die Garantiebedingungen als abschließende Regelung der Gewährleistungsansprüche interpretiert werden, kann der BGH die Klausel anhand des § 11 Nr. 10, der ausschließlich Gewährleistungsansprüche betrifft, messen. Die als Gewährleistungsregelung zu verstehenden Garantiebedingungen trugen den Anforderungen des § 11 Nr. 10 nicht Rechnung, so daß sie vom BGH für unwirksam erklärt und verboten wurden.

3. Reparaturbedingungen im Kfz- und Elektrohandwerk sowie im Chemisch-Reinigungsgewerbe

In allen drei Gewerbebezügen haben die Branchenverbände Konditionenempfehlungen angemeldet. Der Verbreitungsgrad ist unterschiedlich. Im Kfz-Handwerk dürften zumindest die 70 % vertraglich an die Hersteller gebundenen Werkstätten die von Verbandsseite empfohlenen AGB anwenden. Da im Elektrohandwerk zwei Verbände um die Mitglied-

115 Bahnbrechend der BGH 1956, in: BGHZ 22 S. 90 ff.; dazu Reich/Micklitz, Rdnr. 204, S. 237.

116 Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Übertragbarkeit des § 11 Nr. 10 c (Nachbesserungsnebenkosten) auf das Verhältnis Hersteller/Händler siehe Graf von Westphalen, NJW 1980 S. 2227, und Nickel, NJW 1981 S. 1490; bei Unmöglichkeit der Nachbesserung im kaufmännischen Geschäftsverkehr ist eine formularmäßige Bestimmung, die dem Käufer nur ein Recht auf Minderung einräumt und seine Befugnis, sich vom Vertrag zu lösen, ausschließt oder einschränkt, unwirksam, BGH, 25. 2. 1981 = NJW 1981 S. 1501 = BB 1981 S. 815 u. 1177 mit zustimmender Anm. von Marburger.

117 BB 1980 S. 388 = NJW 1980 S. 831 = Bunte, AGBE, § 11 Nr. 10 a Rdnr. 78.

118 Vgl. dazu Micklitz, Verbraucherschutz im Reparaturhandwerk, Diss. Bremen 1983 S. 349 ff.

119 BGH, NJW 1981 S. 867 = BB 1981 S. 389 = Betrieb 1981 S. 1130 = ZIP 1981 S. 285; in diesem Zusammenhang LG Berlin, 5. 2. 1981, ZIP 1981 S. 744, wonach die Haftung des Herstellers aufgrund der Garantiekarte nicht der Vorschrift des § 11 Nr. 10 b unterliegt, die Garantiekarte brauche also für den Fall des Fehlschlagens von Nachbesserung oder Nachlieferung nicht dem anderen Vertragsteil das Recht vorbehalten, Herabsetzung des Kaufpreises oder Rückgängigmachung des Vertrages zu verlangen; anders im Ergebnis Bullinger, NJW 1979 S. 255.

schaft der Betriebe konkurrieren und der Zusammenhalt innerhalb des Gewerbes nicht sehr groß erscheint, dürfte der Anwendungsbereich der Konditionenempfehlung eher unter als über 50 % liegen. Vergleichsweise homogen stellt sich die Marktstruktur des chemischen Reinigungsgewerbes dar. Der Deutsche Textilreinigungsverband verfügt zumindest im nord-/nord-west und westdeutschen Raum über erheblichen Einfluß, so daß die empfohlenen AGB in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle angewendet werden.

Aus dem Elektrobereich liegen eine Vielzahl von Entscheidungen vor, die der Verbraucherschutzverein in Rechtsstreitigkeiten gegenüber einzelnen Unternehmen erstritten hat. Die Konditionenempfehlung des Deutschen Textilreinigungsverbandes (DTV) wurde bereits vom VSV überprüft und vier Klauseln im Wege des Verbandsklageverfahrens rechtskräftig für unwirksam erklärt. Diese Erfahrungen fließen derzeit in eine systematische Überprüfung der Reparaturbedingungen des Kfz-Handwerks ein. Am 21. 12. 1982 mahnte der VSV insgesamt 14 Klauseln ab. Fünf Klauseln haben sich zwischenzeitlich erledigt, da der ZdK deren Änderung bzw. Streichung beim Bundeskartellamt beantragt. Ob es hinsichtlich der noch im Streit befindlichen Klauseln zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kommt, läßt sich derzeit nicht beantworten.

1. These: Die Rechtsprechung ist bemüht, die Entscheidungsautonomie des Verbrauchers wieder herzustellen.

Der Bundesgerichtshof bzw. das Oberlandesgericht Köln hatten innerhalb der letzten drei Jahre über folgende Klauseln zu entscheiden:

Elektrohandwerk: BGH vom 3. 12. 1981¹²⁰

„... Kostenvoranschläge, die nicht zur Erledigung von Reparaturen führen, werden mit einer Bearbeitungsgebühr berechnet. Diese beträgt bei Farbfernsehern und AV-Geräten bis zu DM 80,-, bei SW-Geräten bis zu DM 50,-, bei allen anderen Geräten bis zu DM 40,-. Wir behalten uns in diesem Fall vor, anfallende Transportkosten zusätzlich zu berechnen.“

Elektrohandwerk: BGH vom 25. 2. 1982¹²¹

„Reparaturzeiten sind nur verbindlich, wenn sie schriftlich bestätigt werden.“

Chemisch-Reinigungsgewerbe: OLG Köln vom 3. 7. 1981¹²²

„Wir haften in Höhe des Zeitwertes, höchstens jedoch bis zum 15-fachen unseres Preises für die Vollreinigung oder das Waschen des zur Bearbeitung eingelieferten Gegenstandes. Auch für alle anderen Aufträge (z. B. Lederreinigung, Teppich-, Polstermöbel, Färben) gilt als Haftungsgrenze jeweils der 15fache Bearbeitungspreis.“

Kostenpflichtige Leistungsbestimmungsklauseln befinden sich in Kfz-Reparaturbedingungen gleichermaßen wie in Elektro-Reparaturbedingungen. Der Handwerker will die Aufwendungen für die Erstellung eines Kostenvoranschlags auch dann ersetzt bekommen, wenn er den Auftrag nicht erhält. Faktisch verhindert die Klausel einen Preisvergleich. Denn der Verbraucher, der sich entschließt, vor Erteilung des Reparaturauftrages einen Kostenvoranschlag zu verlangen, wird entweder dem Handwerker auch dann den Auftrag erteilen, um Kosten zu sparen, oder von einer Reparatur absehen, weil sie ihm zu teuer ist.

Ähnlich vergleichbar ist die Interessenlage im Kfz- und Elektrohandwerk hinsichtlich der Reparaturzeiten. Der Verbraucher will wissen, wann er das zur Reparatur gegebene Auto oder Elektrogerät zurückerhält, um seine Terminplanung darauf abstellen zu können. Die Werkstätten sind zu Auskünften gern bereit, nur möchten sie sich an auf Wunsch oder Drängen des Verbrauchers schriftlich vermerkten Reparaturzeiten nicht festhalten lassen. Erst wenn der Werkstattleiter als letztlich verantwortliche Person den Termin verbindlich bestätigt, kann der Verbraucher aus einer Terminüberschreitung Schadenersatzansprüche herleiten. Der Sinn und Zweck des Bestätigungsvorbehalts ist eindeutig. Die anmeldenden Wirtschaftsverbände wollen verhindern,

daß die Werkstätten an Terminzusagen gebunden sind, die ein Angestellter des Betriebes dem Verbraucher gegenüber nicht nur mündlich äußert, sondern schriftlich festhält. Die Gestaltung des Zeitplans soll in den Händen der Werkstatt bzw. Betriebsleitung bleiben.

Die 15fache Haftungsbeschränkung beschäftigt die deutschen Gerichte seit 13 Jahren¹²³. Die Reiniger nehmen für sich in Anspruch, 90 % aller Reklamationsfälle mit der Haftungsbeschränkung abdecken zu können. Darüber hinaus befürchten sie einen Mißbrauch der Verbraucher, die alte Kleidungsstücke als neue ausgeben, um auf diese Weise die Schadenersatzleistung in die Höhe zu treiben. Umgekehrt belegen die in den Schiedsstellen eingehenden Reklamationen, daß die Haftungsbeschränkung vielfach gerade nicht ausreicht, um das notwendig gewordene Ersatzstück finanzieren zu können¹²⁴.

Der Bundesgerichtshof hat alle drei Klauseln für unwirksam erklärt¹²⁵. Dem Anliegen der AGB-Empfeher, wie es in den Klauseln zum Ausdruck kommt, wird jedoch nicht jede Berechtigung abgesprochen. Der BGH formuliert: „Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, daß Reparaturbetriebe für eine aufwendige Erstellung von Kostenvoranschlägen eine Vergütung fordern. Sie sind nicht gehalten, ihren Aufwand in ihre Gemeinkosten einzukalkulieren und damit letztlich alle Kunden zu belasten, die ihr Gerät instandsetzen lassen.“ Ebenso wenig wird dem Branchenverband des Elektrohandwerks grundsätzlich untersagt, die Verbindlichkeit von schriftlichen Terminzusagen an die ausdrückliche Bestätigung des letztlich Verantwortlichen zu koppeln. „Es kann rechtlich nicht beanstanden werden, daß sich die Beklagte in ihren Kundendienststellen gegenüber der Kundschaft die Arbeitsplanung und damit auch die verbindliche Angabe der Reparaturzeit durch schriftliche Bestätigung ihrer Werkstattleitung vorbehält und Abholtermine, welche ihre mit dem Publikumsverkehr beauftragten Angestellten nennen, für unverbindlich erklärt.“ Die vom Deutschen Textilreinigungsverband empfohlene Haftungsbegrenzungsklausel „stellt in den Fällen, in denen der Schaden den 15fachen Reinigungspreis übersteigt, eine einseitige und unangemessene Benachteiligung dar.“

Nachdem der BGH insoweit die Legitimität der Verbandsinteressen grundsätzlich anerkannt hat, kann er sich in einem zweiten Schritt der Klausel aus der Perspektive der Verbraucher annehmen. Die Entscheidung der Rechtswidrigkeit beruht auf der Beschränkung der Autonomie des Verbrauchers. Die Klauseln geben dem Verbraucher in ihrer konkreten Ausgestaltung keine Möglichkeit, die Intention des AGB-Verwenders frühzeitig genug wahrnehmen zu können, um auf die für ihn ungünstigen rechtlichen Konsequenzen agieren zu können. Der BGH verlangt „ausdrückliche“ Zustimmung des Verbrauchers vor Annahme des Gerätes zur Erstellung des Kostenvoranschlags: also den Abschluß eines vom Reparaturvertrag unabhängigen Werkvertrages, auf dessen Kostenpflichtigkeit der Verbraucher ausdrücklich hinzuweisen ist. Vor Erteilung des Reparaturauftrages müßte der Verbraucher „deutlich darauf hingewiesen wer-

120 BGH, NJW 1982 S. 765 ff.

121 BGH, NJW 1982 S. 1389 ff.

122 BB 1982 S. 638 ff.; vgl. zuvor das Urteil des BGH, 12. 5. 1980, BB 1980 S. 1011 mit Anm. Micklitz, BB 1980 S. 1831 ff.

123 Viel Wirbel verursachte die Entscheidung des OLG Köln aus dem Jahre 1969, VersR 1969, 765; Micklitz, Verbraucherschutz im Reparaturhandwerk, 1983 S. 74 ff.

124 Micklitz, Schiedsstellen für Verbraucher bei Textilreinigungsreklamationen, Verbraucher-Rundschau, Heft 12/1981.

125 Zum Verständnis: Der Verbraucherschutzverein hat 1979 das Verbandsklageverfahren gegen den Deutschen Textilreinigungsverband - als anmeldenden Empfeher eingeleitet. Am 12. 5. 1980 erging das bereits erwähnte BGH-Urteil, welches jedoch nur den kaufmännischen Rechtsverkehr zum Gegenstand hatte. Das OLG Köln, welches mit dem Verbandsklageverfahren befaßt war, wartete die Entscheidung des BGH ab und erklärte dann mit gleichlautender Begründung am 3. 7. 1981 die Haftungseinschränkungsklausel für unwirksam. Der DTV verzichtete auf eine Revision und ließ das BGH-Urteil rechtskräftig werden.

den, daß die von der Annahmestelle gegebene und gar auf dem Abholschein vermerkte Reparaturzeit noch unverbindlich ist und der Bestätigung durch die Werkstattleitung bedarf, um verbindlich zu werden“. Der 15fachen Haftungsbeschränkung wird die Rechtmäßigkeit letztlich deswegen versagt, weil dem Verbraucher bei Vertragsabschluß eine Wahlmöglichkeit eingeräumt werden muß zwischen dem Abschluß eines normalen Vertrages, in dem die Haftung begrenzt ist, und eines vielleicht teureren Vertrages, der dem Verbraucher aber Schutz bei höheren Schäden bietet. Als Folge des Verbotes ist zwischen dem VSV und dem Chemisch-Reinigungsgewerbe ein Streit um die Anforderungen an die Deutlichkeit des Hinweises auf die Wahlmöglichkeit entbrannt¹²⁶.

Der BGH verlagert mit allen drei Entscheidungen die Probleme des Verbrauchers von der kollektiven AGB-Ebene auf die individuelle Entscheidungsebene. Der Verbraucher muß sich über die Kompetenzen des Angestellten bei einer Terminzusage vergewissern, er muß den Reiniger nach der Möglichkeit eines differenzierten Abschlusses fragen. Die Rechtswidrigkeit der Klausel wird erkaufte um den Preis erhöhter Anforderungen an die Informationspflicht des Verbrauchers. Über die Kostenpflichtigkeit des Kostenvorschlages muß zwar umgekehrt der Verbraucher informiert werden, dem eigentlichen Ziel, nämlich einen kostenlosen Kostenvorschlag zu erhalten, kommt er mit der BGH-Entscheidung aber keinen Schritt näher. Im individuellen Aushandlungsprozeß um Kostenvorschlag, Terminzusagen und Beschränkungsklauseln wirken sich die strukturellen Machtungleichheiten erneut aus und lassen dem Verbraucher als einzigen Ausweg, vom Vertragsschluß abzuweichen.

2. These: Die Verbesserung der Entscheidungsautonomie des Verbrauchers durch die Rechtsprechung behindert eine kollektive Lösung des der Klausel zugrundeliegenden Problems.

Kostenpflichtige Kostenvorschläge, Reparaturzeiten, Haftungsbeschränkungsklauseln belassen den Verbraucher in einer individuellen Entscheidungssituation, deren Grundlage zwar durch die ergangenen BGH-Urteile verändert wurde. Eine qualitative Besserstellung wäre jedoch erst erreicht, wenn in den AGB die Rechtsposition des Verbrauchers kollektiv festgeschrieben wäre. Erstrebenswert scheint eine AGB-Regelung, die dem Verbraucher das Recht einräumt, jederzeit einen kostenlosen Kostenvorschlag zu verlangen; die dem Verbraucher Schadensersatz bei Terminüberschreitungen zuspricht, wenn der Termin vom Angestellten schriftlich bestätigt wurde, bzw. die den Reiniger uneingeschränkt zum Schadensersatz verpflichtet. Das AGB-Gesetz ist auf eine kollektiv bezogene Regelung der Rechtsposition des Verbrauchers nicht zugeschnitten. Dem Verbraucherschutzverein wurde lediglich eine Negativkompetenz attestiert, er kann rechtswidrige Klauseln aus den AGB herausklagen, er kann aber nicht verbraucherfreundliche Klauseln in die AGB hineinklagen. Wenngleich bislang von seiten der Rechtswissenschaft noch kein Versuch unternommen wurde, eine Vornahmeklage *de lege lata* zu begründen. Immerhin sind Fallkonstellationen denkbar, in denen lediglich eine ganz bestimmte Formulierung der Klausel den Anforderungen des Gesetzes genügt¹²⁷.

3. These: Der Unterschlagung von im AGB-Gesetz gewährten Rechten kann nicht wirksam begegnet werden.

§ 11 Nr. 10 c AGB-Gesetz verpflichtet die Reparaturfirma, sämtliche Nebenkosten der Nachbesserung (Transport-, Wege-, Arbeits-, Materialkosten) zu tragen. Diese Vorschrift ist dem Elektroreparaturhandwerk ein Dorn im Auge, weil nach Darstellung des Verbandes die umfassende Ersatzverpflichtung zu erheblichen Härten führt. Eine weit verbreitete Praxis in diesem Gewerbe bestand lange Jahre darin, den Nachbesserungsanspruch des Verbrauchers auf den Ersatz des Materials zu beschränken. Da eine derartige Regelung nach dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes versperrt war, mußte der Verband anläßlich der Anmeldung der Konditionenempfehlung nach einem Ausweg suchen. Die Lösung ist so lo-

gisch wie einfach: Die Konditionenempfehlung unterschlägt die Regelung des § 11 Nr. 10 c.

Die Vorschrift wiederum verpflichtet den Verband nicht, eine Regelung über die Nebenkosten in die AGB aufzunehmen. Weder nach dem BGB noch dem AGB-Gesetz muß der AGB-Verwender grundsätzlich den Verbraucher über seine Rechte informieren. Die Rechtsprechung geht fallbezogen vor, was je nach Konstellation zu unterschiedlichen Ergebnissen führt, ohne daß eine einheitliche Linie erkennbar wäre. § 11 Nr. 5 b AGB-Gesetz erklärt Klauseln für rechtswidrig, die den Verbraucher zur Zahlung einer Schadenspauschale verpflichten, ohne ihm die Möglichkeit des Nachweises zu belassen, es sei keiner oder nur ein geringerer Schaden entstanden. Erheblich umstritten war bis zur Entscheidung des BGH vom 16. 6. 1982 – VII ZR 89/81 –¹²⁸, ob der Verbraucher ausdrücklich auf sein Recht des Gegenbeweises hingewiesen werden muß. Der BGB verneint eine solche Rechtspflicht und läßt es ausreichen, wenn die Klausel „nach ihrem erkennbaren Sinn“ dem Verbraucher die Möglichkeit offen läßt, dem Verwender mit dem Einwand zu begegnen, im konkreten Fall sei ein geringerer Schaden entstanden. Sehr viel weiter geht das Landgericht Berlin am 27. 5. 1982 – 26 O 492/81 –¹²⁹, das über folgende Klausel zu entscheiden hatte:

„Sollte die Verkäuferin den vereinbarten Liefertermin überschreiten, so ist der Käufer berechtigt, eine Nachfrist von 14 Tagen zu setzen und nach fruchtlosem Ablauf vom Vertrag zurückzutreten.“

Es erklärte die Klausel für rechtswidrig, weil in der Formulierung der Eindruck erweckt werde, dem Käufer stehe nur ein Rücktrittsrecht zu, obwohl er nach dem BGB auch Schadensersatz verlangen könne. „Es wäre sowohl aus der Sicht eines Kunden als auch aus der Sicht der Beklagten (Möbelfirma) unverständlich, wenn in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Rechtsfolge, die sich bereits aus dem Gesetz ergibt, nämlich unter bestimmten Voraussetzungen vom Vertrag zurücktreten zu können, festgeschrieben worden wäre, wenn nicht gleichzeitig die nach Gesetz mögliche weitere Rechtsfolge des Schadensersatzes ausgeschlossen sein sollte.“

Relativ besser steht sich der Verbraucher, wenn der Verwender die Rechte des Verbrauchers entstellt oder unvollständig wiedergibt. So erwähnen die Elektroreparaturbedingungen die „Gewährleistung“ und die „Mängelbeseitigung“, ohne zu klären, was zu geschehen hat, wenn die Mängelbeseitigung nicht möglich ist. Der Verwender muß gemäß § 11 Nr. 10 b in die AGB einen Passus aufnehmen wonach das Recht auf Wandlung oder Minderung wieder auflebt, wenn der AGB-Verwender auf die Möglichkeit der Nachbesserung verweist. Die Elektroreparaturbedingungen sprechen zwar nicht ausdrücklich von einer Beschränkung auf das Nachbesserungsrecht. Jedoch ist einer Klausel irreführender Unterlassungsverfahren der denkbar kundenfeindlichste Inhalt zu geben. Der Verband ist deshalb gehalten, auf das Wiederaufleben der Gewährleistungsrechte hinzuweisen, was nach der Auffassung des BGH die Pflicht beinhaltet, ausdrücklich von Rückgängigmachung des Vertrags (Wandlung) und Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) zu sprechen¹³⁰.

126 LG Berlin, 24. 9. 1982 – 26 O 12/82; KG Berlin, 2. 2. 1983 – 23 U 5435/82.

127 Erforderlich wäre jedenfalls eine Auseinandersetzung mit der zivilprozessualen Verwertung der Verbandsklage, Reinel, Die Verbandsklage nach dem AGB-Gesetz, 1979; Göbel, Prozeßzweck der AGB-Verbandsklage und herkömmlicher Zivilprozeß; zu Problematik kollektiver Lösungen Micklitz, Verbraucherschutz im Reparaturhandwerk, 1983 S. 377 ff.

128 BGH, NJW 1982 S. 2316 ff.

129 Bislang unveröffentlichte Entscheidung: der VSV hatte gegen eine Berliner Möbelfirma geklagt.

130 Der Streit um die Verpflichtung einer sprachlich klaren Formulierung wurde durch die Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. 12. 6. 1980, BB 1980 S. 1550 = Betrieb 1980 S. 2235 ausgelöst ebenso zuvor OLG Saarbrücken, 4. 7. 1979, BB 1979 S. 1064; dazu

Auf derselben Linie liegt die Entscheidung des BGH vom 10. 12. 1980 – VII ZR 295/79¹³¹ –, in dem folgende Klausel der Firma NECKERMANN vom VSV angegriffen wurde:

„In der Garantiezeit beseitigen wir jeden Produktionsfehler am Gerät, der nachweislich auf Material- oder Herstellungsfehlern beruht oder liefern einen Ersatzartikel. Die erforderlichen Ersatzteile und die anfallende Arbeitszeit werden nicht verrechnet . . .“

Der BGH erklärte die Klausel für rechtswidrig, weil anders als in § 11 Nr. 10 c geregelt, beim Verbraucher der Eindruck erweckt wurde, etwa anfallende Transportkosten bei Rücksendung der mangelhaften Ware habe der Verbraucher zu begleichen.

Salvatorische Klauseln¹³² verfälschen oder unterschlagen keine Verbraucherrechte, vielmehr wird in der Klausel auf einen gesetzlichen Rahmen Bezug genommen, so daß es ohne Gesetzeskenntnis nicht möglich ist, den Inhalt und Umfang der Freizeichnung zu erfassen. Eine inhaltliche Nähe zur Unterschlagung oder Verfälschung von Verbraucherrechten besteht insoweit, als auch die Problematik salvatorischer Klauseln eng verbunden ist mit der Pflicht des AGB-Verwenders, den Verbraucher in den AGB auf seine Rechte hinzuweisen. Aus der Fülle instanzlicher Entscheidungen zu salvatorischen Klauseln ragt das Urteil des OLG Stuttgart vom 19. 12. 1980 – 2 U 122/80¹³³ – heraus:

„Schadensersatzansprüche wegen Verzuges oder Nichterfüllung sind, soweit gesetzlich zulässig, ausgeschlossen“

„Die Klausel verstößt gegen das Verständlichkeitsgebot des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGB-Gesetz. Danach sind Klauseln unwirksam, deren Tragweite nur der Jurist versteht, vorausgesetzt, daß eine klare und unzweideutige Fassung möglich und zumutbar ist.“ Soweit ein Verstoß gegen absolute Klauselverbote im Sinne des § 11 von der salvatorischen Klausel erfaßt werden, scheint das OLG von einer generellen Unwirksamkeit auszugehen. Denn es präzisiert die Voraussetzungen möglicher Zulässigkeit wie folgt: „Nur wenn rechtlich zweifelhaft ist, wie weit das AGB-Gesetz eine Beschränkung der Kundenrechte zuläßt und deshalb eine genau gefaßte Klausel unzumutbar ist, sind weitgefaßte Klauseln mit salvatorischen Zusätzen zulässig (. . .).“

In denselben Kontext gehört die Entscheidung des BGH vom 20. 1. 1983 – VII ZR 105/81 –¹³⁴ in einem Rechtsstreit, den der VSV gegen die Deutsche Lufthansa angestrengt hatte. Folgende Klausel hatte der VSV angegriffen:

„Die Haftung des Luftfrachtführers gegenüber einem Fluggast für Tod, Körperverletzung oder Gesundheitsbeschädigung ist auf den Betrag von 250 000 Goldfranken oder deren Gegenwert (ca. US \$ 20 000,-) beschränkt; ist in dem anwendbaren Recht eine andere Haftungsbeschränkung vorgesehen, so findet jene Anwendung.“

Es geht allein um die Zuverlässigkeit des Verweises auf das deutsche Recht, das in § 11 Nr. 7 bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit eine Beschränkung der Haftung nicht zuläßt. Anders als das OLG Köln in der Vorinstanz hält der BGH die Klausel für rechtswidrig, „weil sie auch für Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Vertragsverletzung der Beklagten oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Vertragsverletzung eines Erfüllungsgehilfen des Beklagten beruhen, die Haftung begrenzt.“¹³⁵

4. These: Der Rechtsschutz des Verbrauchers ist umso effektiver, desto unwichtiger die Klausel für ihn ist.

Die provozierende These¹³⁶ will auf drei zentrale Regelungslücken des AGB-Gesetzes hinweisen, in denen eine Kontrolle ausscheidet: die Beweislast, der Preis und die Qualität einer Ware oder Dienstleistung. Preis und Qualität bilden für den Verbraucher die zentralen Entscheidungsparameter seines Verbraucherverhaltens. Die Regeln der Beweislast entscheiden über seine Chancen in der Durchsetzung der ihm zuerkannten Rechte.

Das gesamte Gewährleistungsrecht im Reparaturhandwerk läuft leer, weil der Verbraucher regelmäßig nicht beweisen

kann, daß die Werkstatt schlecht gearbeitet hat. Illustrieren läßt sich diese Konsequenz anhand von Dritteingriffsklauseln, die in den Elektroreparaturbedingungen und Kfz-Reparaturbedingungen zu finden sind. Die Werkstätten schließen in ihren AGB-Schadensersatzansprüche bzw. Nachbesserungsansprüche aus, wenn der Verbraucher selbst oder ein Dritter in dessen Auftrag versucht, den aufgetretenen Fehler zu beseitigen. Bekanntlich hat der BGH dieser Freizeichnungsklausel einen Riegel vorgeschoben¹³⁷, dem Verbraucher letztlich aber Steine statt Brot gegeben. „Soweit sich die Beklagte (Einzelhandelsfirma) darauf beruft, mit dem Eingriff des Käufers verschlechtere sich ihre Beweislage, übersieht sie, daß der Käufer (Verbraucher) nach Annahme der Sache als Erfüllung (§ 363 BGB) das Vorliegen eines Mangels bereits bei Gefahrenübergang zu beweisen hat (. . .) und dabei auch eine entsprechend substantiierte Behauptung des Verkäufers widerlegen muß, erst der Eingriff in das Gerät habe den Mangel herbeigeführt. Dieses beweismäßige Risiko nimmt der Käufer in Kauf, wenn er zunächst das Gerät selbst untersucht oder untersuchen läßt . . .“ Die wiedererrichtete Schranke des dispositiven Rechts in Form geltender Beweislastregeln des BGB beseitigt nicht die strukturelle Unterlegenheit des Verbrauchers, sie läßt das Gefälle zwischen Handwerk und Handel nur noch deutlicher zutage treten. Es wird dem Verbraucher regelmäßig an Sachverstand fehlen, um die substantiierten Behauptungen widerlegen zu können.

Ähnlich hilflos steht der Verbraucher da, wenn der Handwerker eine kostenlose Nachbesserung mit dem Argument zurückweist, es handle sich um einen Folgefehler, dessen Beseitigung der Verbraucher gesondert bezahlen müsse. Stereotyp finden sich als Begründung drei Varianten: (1) der Fehler hatte mehrere Ursachen, bei der Erstreparatur sei aber nur eine beseitigt worden; (2) durch die Erstreparatur sei als Folge ein anderes Teil in Mitleidenschaft gezogen worden; (3) im Gerät befände sich ein schleichend unentdeckter Fehler, der das gerade neu eingebaute Teil ständig wieder zerstöre. Diese Argumentation läßt sich nur unter Einschaltung eines Sachverständigen lösen, den der Verbraucher bezahlen muß.

Jegliche Bestrebungen, den Reparaturpreis selbst rechtlich und gerichtlich zu überprüfen, stößt sich am Axiom unserer Warenverkehrsgesellschaft, die einen staatlich administrierten und insoweit kontrollierbaren Reparaturpreis nicht kennt. § 8 AGB-Gesetz hält an der Fiktion des vertraglich vereinbarten Reparaturpreises fest.¹³⁸ Als Regulativ für die Höhe des Preises wirkt jedenfalls im Modell allein der Markt. Gleichmaßen ist die Qualität der Repa-

Anm. Micklitz, BB 1981 S. 634 ff., wo versucht wird, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung (FN 8) darzutun, daß die Entscheidung des OLG Frankfurt a. M., vereinzelt geblieben war – aus der veröffentlichten Rechtsprechung OLG Hamm, 16. 6. 1981, BB 1981 S. 1914 und OLG Koblenz, 13. 3. 1981, ZIP 1981 S. 509; BGH, 10. 12. 1980, hat den Rechtsstreit nunmehr zugunsten der Verbraucher entschieden, NJW 1981 S. 867 = BB 1981 S. 389.

131 BGH, NJW 1981 S. 867, vgl. im übrigen die Nachweise in Fußnote 119, unten III 2.3. These.

132 Nieder, BWNöZ 1977 S. 112; Baumann, NJW 1978 S. 1953; Thümmel/Oldenburger, BB 1979 S. 1067; Willenbruch, BB 1981 S. 1976; Garrn, JA 1981 S. 151.

133 NJW 1981 S. 1105 = Bunte, AGBE, § 2 Rdnr. 11.

134 BGH, BB 1983 S. 527 ff.

135 BGH, BB 1983 S. 527 ff. (531); darüber hinaus vgl. OLG Frankfurt a. M., 29. 4. 1982, Bunte, AGBE III, § 9 Rdnr. 63, wo das Gericht dem Reiseunternehmen Oböna die Verwendung folgender Klausel untersagte: „Ein Anspruch auf Schadensersatz gegen uns ist ausgeschlossen oder beschränkt, soweit aufgrund gesetzlicher Vorschriften, die auf die von einem Leistungsträger zu erbringenden Leistungen anzuwenden sind, dessen Haftung ebenfalls ausgeschlossen oder beschränkt ist.“ Die Kritik richtet sich gegen den vollständigen Haftungsausschluß entgegen § 651 h Abs. 2 BGB.

136 Vgl. dazu Micklitz, Verbraucherschutz im Reparaturhandwerk, 1983 S. 375 ff.

137 NJW 1980 S. 831, weitere Nachweise FN 117.

138 Vgl. aus der Literatur etwa Ulmer/Brandner/Hensen, 3. Aufl., § 8 Rdnr. 8.

raturleistung rechtlicher Kontrolle entzogen. Das Pendant zum vertraglich vereinbarten Reparaturpreis bildet die Vorstellung, die konkrete Leistung als Gegenstand eines innerparteilichen individuellen Aushandlungsprozesses anzusehen. Mit der Wirklichkeit im Kfz-Elektro-Reparaturhandwerk und im Chemisch-Reinigungsgewerbe hat diese Sichtweise wenig zu tun. Denn die Technisierung der Gewerbebranche führt zu einer Vereinheitlichung der Arbeitsvorgänge im Wege der Normierung, Leistung wird objektiv meßbar und damit überprüfbar. Hand in Hand mit diesem Kollektivierungsprozeß verläuft die Verwissenschaftlichung der Kalkulationsmethoden, die ihrerseits die Voraussetzung für eine rechtliche Durchleuchtung des Preisbildungsprozesses darstellt. Jedenfalls in der Bundesrepublik stehen einer Preis- und Qualitätskontrolle erhebliche, nicht zuletzt ideologische Barrieren im Wege, die nur politisch abgebaut werden können¹³⁹.

Die Beschränkung der Kontrolle durch das AGB-Gesetz wirkt sich auf Randbereiche des Preis/Leistungsverhältnisses aus, da sich eine klare Trennungslinie zwischen verbotener und erlaubter Kontrolle nur schwer ziehen läßt. Die praktisch relevanten Fragen der Leistungsbestimmung und Auftragserteilung zählen zu eben jenem Randbereich. Verbraucherschützern ist die Problematik hinlänglich bekannt. Der Reparateur will sich bei Vertragsabschluß einen möglichst großen Spielraum im Arbeitsumfang und in der Preisgestaltung sichern, der Verbraucher – zumindest unausgesprochen – möglichst genau wissen, was die Reparatur kosten soll. Die Intentionen des Reparateurs schlagen sich in den AGB vielfältig nieder: Blankoauftragsklauseln, Zahlungspflichten bei abgebrochenen oder unmöglichen Reparaturen; Auftragsweiterungsklauseln im Hinblick auf „notwendig“ werdende zusätzliche Reparaturen, die sich erst bei Ausführung des Arbeitsauftrages herausstellen; Preisüberschreitungsklauseln, die eventuell vorhandenen Preisangaben im Auftragschein jede Verbindlichkeit nehmen. Der Verbraucherschutzverein versucht erstmals gezielt, in der Konditionenempfehlung des Kfz-Handwerks den Spielraum des AGB-Verwenders einzuengen. Es würde zu weit führen, jede der erwähnten Leistungsbestimmungs- und Auftragsweiterungsklauseln vor dem Hintergrund bisheriger Rechtsprechung zu erörtern. Allgemein gilt, daß der mögliche Zugriff auf die AGB des Kfz-Handwerks sich desto schwieriger gestaltet, je näher die Kontrolle an jenen inneren Kreis

der Preiskalkulation und der Leistungsbestimmung heranreicht, der der Kontrolle entzogen sein soll¹⁴⁰.

5. These: Je näher die Klausel an den „verbotenen“ inneren Kreis des Preis-/Leistungsverhältnisses heranreicht, desto stärker verlagert sich die Notwendigkeit der gewünschten Rechtsfortbildung von der Justiz weg auf Verhandlungsinstanzen.

Die AGB im Chemisch-Reinigungsgewerbe verpflichten den Reiniger, den Arbeitsvorgang nach den in RAL 990 A 2 niedergelegten Grundsätzen durchzuführen. Die technische Norm bildet, was selten genug vorkommt, Bestandteil der AGB. Diese Norm schreibt die Qualität des Reinigungsvorgangs gezielt auf einem qualitativen niedrigen Niveau fest, was leicht zu beweisen ist, weil die Branche selbst 1979 die RAL RG 990 ausgearbeitet hat, deren verbindliche Umsetzung in AGB eine Verbesserung der derzeit geleisteten Reinigungsqualität um bis zu 40 % zur Folge hätte¹⁴¹.

Mit Hilfe des AGB-Gesetzes kann der Verbraucherschutzverein die in der Klausel enthaltene Normierung nicht überprüfen. Legt man nämlich die andernorts ergangene Rechtsprechung zugrunde, fällt die Prognose für den Ausgang eines theoretisch möglichen Verbandsklageverfahrens leicht. Die Gerichte werden die Klage zurückweisen, weil die Leistung selbst nach dem AGB-Gesetz von der gerichtlichen Kontrolle ausgenommen ist¹⁴². Ein absehbar ungünstiges Urteil aber kann eine negative Sperrwirkung entfalten. Die Reiniger können Bestrebungen der Verbraucherverbände mit dem Argument entgegentreten, die Qualität der Leistung sei einer rechtlichen Einflußnahme entzogen. Deshalb ist dem VSV anzuraten, von einer Klage auf Überprüfung der qualitativ minderwertigen Norm abzusehen.

Die Verbraucherverbände müssen außergerichtlich auf dem Verhandlungswege versuchen, eine Verbesserung der Reinigungsqualität zu erreichen¹⁴³. Die Ausgangslage scheint günstig, da von Seiten der Verbraucherverbände eine klare Forderung aufgestellt werden kann, was die Reiniger tun sollen.

Ein gelungenes Beispiel als Ziel der Rechtsfortbildung im Verhandlungswege über den Stand der Rechtsprechung hinaus bildet die relative Festschreibung des Vertragspreises bei Einräumung eines Rücktrittsrechts in den AGB der Reiseveranstalter¹⁴⁴.

IV. Auswertung der Rechtsprechung zu Verfahrensfragen (§§ 13–21 AGB-Gesetz)

1. These: Notwendigkeit der Abmahnung – die Reduktion der Verbandsklage auf einen quasi-deliktischen Abwehrenspruch.

Als das AGB-Gesetz am 1. 4. 1977 in Kraft trat, wäre bei der Verfolgung des kollektiven Unterlassungsanspruchs nach § 13 zunächst die Frage zu beantworten gewesen, ob die verfahrensrechtlich beschrittenen Wege des kollektiven Unterlassungsanspruches im UWG-Bereich zu übernehmen sind oder ob die Besonderheiten des AGB-Verfahrens eigenständige Verfahrensregeln implizieren. Dies gilt insbesondere für das außergerichtliche Abmahnungsverfahren.

Die bei bzw. kurz nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes vorhandene umfangreiche Literatur zum AGB-Gesetz ging als selbstverständlich davon aus, daß die für den Verbandsprozeß nach § 13 UWG im Laufe der Jahre durch Rechtsprechung und Literatur entwickelten Verfahrensabläufe auf den kollektiven Unterlassungsanspruch nach § 13 AGB-Gesetz zu übertragen seien, ohne auch nur im Ansatz diese These zu hinterfragen¹⁴⁵.

Der VSV, der systematisch erst im August 1977 mit der Schaffung zweier Planstellen im AGB-Bereich die Verfolgung des kollektiven Unterlassungsanspruchs nach § 13

AGB-Gesetz aufnahm, sah angesichts der einheitlichen Literaturmeinung keinen Anlaß, von sich aus hierzu eigenständige Gedanken zu entwickeln. Vielmehr wurde der Verfahrensablauf aus der UWG-Abteilung auf den AGB-Bereich übertragen mit der Folge, daß vor Klageeinreichung ein zum Teil zeitraubendes Abmahnungsverfahren eingeleitet wurde.

139 Zur Rolle des Preisfaktors im Reparaturhandwerk *Micklitz*, Verbraucherschutz im Reparaturhandwerk, 1983 S. 184 ff.

140 Zur Problematik von Leistungsbestimmungs- und Auftragsweiterungsklauseln *Micklitz*, Verbraucherschutz im Reparaturhandwerk, 1983 S. 239 ff.

141 Dazu *Micklitz*, Verbraucherschutz im Reparaturhandwerk, 1983, mit Nachweisen S. 276 ff.

142 Nachweise aus der Literatur zum AGB-Gesetz: *Brandner*, § 8 Rdnr. 18; *Löwe*, §§ 8 – 11 Rdnr. 14; derselbe, § 8 Rdnr. 6; *Schlosser*, § 8 Rdnr. 3; *Palandt/Heinrichs*, § 8 Rdnr. 2 a.

143 Es wäre nun zu überlegen, welche konstitutiven Bedingungen für eine sinnvolle Verhandlungsführung erfüllt sein müssen.

144 Siehe These 4 zu Preisklauseln unter III 1.

145 Vgl. *Reich/Micklitz*, Verbraucherschutzrecht in der BRD, 1980, Rdnr. S. 303, 321; und *Reinel*, Die Verbandsklage nach dem AGB-Gesetz, 1979.

Erst durch eine Zufallsentscheidung des LG Berlin vom 12. Juli 1979 – 26 O 153/79 –¹⁴⁶ wurde die Problematik erstmalig sensibilisiert. Ein auf Unterlassung in Anspruch genommener Verwender hatte den Anspruch sofort anerkannt und beantragt, die Kosten des Verfahrens dem VSV aufzuerlegen, weil der Verwender das Abmahnschreiben des VSV nicht erhalten und somit keine Veranlassung zur Klage gegeben habe. Das LG Berlin verwarf diesen Einwand und verurteilte den Verwender auch zur Kostentragung, denn es gelangte zu folgendem Ergebnis: Die auf der Rechtsprechung zur Unterlassungsklage im Wettbewerbsrecht beruhende Literaturauffassung, daß es für den klagebefugten Verband im eigenen Interesse sei, den Verwender vor Klageerhebung abzumahnern, kann für Klagen nach dem AGB-Gesetz keine Relevanz haben. Das Verfahren nach §§ 13 ff. ist von besonderer rechtlicher Natur.

Es dient dem Ziel, eine abstrakt-generelle Regelung losgelöst vom Einzelfall auf ihre Vereinbarkeit mit einer ranghöheren Norm zu überprüfen. Es handelt sich um ein Kontrollverfahren, das einem abstrakten Normenkontrollverfahren ähnlich ist. Für den Personenkreis der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen war es durch vielfache Veröffentlichungen, Berichte und Hinweise in öffentlichen Medien seit Inkrafttreten dieses Gesetzes zumutbar, die eigenen Geschäftsbedingungen auf deren Vereinbarkeit mit dem Gesetz zu überprüfen und ggf. anzupassen. Wer das Gesetz ignorierte, muß folglich damit rechnen, nach den Bestimmungen dieses Gesetzes belangt zu werden, ohne daß er ein schützenswertes Interesse hat, sich zunächst von einem klagebefugten Verbraucherverband abmahnen zu lassen.

In der Tat spricht die Einführung der Registrierung nach § 20 gegen die Übernahme des im UWG-Bereich praktizierten Abmahnungsverfahrens¹⁴⁷. Gerade das Register soll in Verbindung mit der Wirkung des § 21 für die Publizität der in diesem Bereich ergangenen Entscheidungen sorgen. Die Praxis zeigt, daß sich der kollektive Unterlassungsanspruch in den meisten Fällen durch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung als Folge der vorangegangenen Abmahnung erledigt. Diese Unterlassungserklärung ist jedoch nicht eintragungsfähig, hat somit keine Publizitätswirkung. Die Entscheidung des Gesetzgebers, nur Klageverfahren registrieren zu lassen, spricht somit dafür, im AGB-Bereich das Abmahnungsverfahren nicht zu praktizieren, sondern den Verwender unmittelbar im Klagewege in Anspruch zu nehmen.

Trotz dieser einleuchtenden Gründe trägt die Entscheidung des LG Berlin Ausnahmecharakter. Sowohl das Kammergericht¹⁴⁸ als auch das OLG Frankfurt¹⁴⁹ haben die Notwendigkeit der Abmahnung bejaht und sich dabei auf die im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeblich gleichgelagerte Gesetzes- und Interessenlage berufen.

Damit ist die abstrakte Verbandsklage nach § 13 praktisch auf einen quasi-deliktschen Abwehrensanspruch reduziert. Obwohl kollektiver Natur wird der Unterlassungsanspruch wie ein individueller Anspruch nach 1004 behandelt, bei dem Schuldenelemente und moralische Aspekte eine Rolle spielen.

2. These: Vertragsstrafe – die fehlende Bemessungsgrundlage führt zu einem partiellen Blockierungseffekt bei der Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs.

Um die Einhaltung abgegebener Unterlassungserklärungen sicherzustellen, wird als Sanktionsmittel die Vertragsstrafe eingesetzt, so daß der Verwender bei Zuwiderhandlung gegen sein Unterlassungsversprechen zur Zahlung der übernommenen Vertragsstrafe verpflichtet ist.

Die Festsetzung der Vertragsstrafe – insbesondere bei einer Vielzahl abgemahneter Klauseln – bereitet erhebliche Schwierigkeiten, weil klare Bemessungsgrundlagen fehlen. Auch in der Literatur werden lediglich Pauschalbeträge pro Klausel angegeben, ohne Eigenarten der Klauseln zu berücksichtigen¹⁵⁰. Diese Eigenarten ergeben sich aus der unterschiedlichen Bewertung der Klausel aus der Sicht des Verwenders und des Verbrauchers. So ist es evident, daß eine Gerichtsstandsklausel anders zu beurteilen ist als eine Preisänderungsklausel.

Mangels entsprechender Kriterien setzt der VSV DM 1000,- pro Klausel fest, als Gesamtvertragsstrafe jedoch die Hälfte der Summe der Einzelvertragsstrafen. Die damit verbundene Rabattgewährung für diejenigen Verwender, die auf dem Markt mit einer Fülle unzulässiger Klauseln auftreten, resultiert aus den vom VSV gemachten Erfahrungen. Ursprünglich wurde die Gesamtvertragsstrafe nicht mehr gekürzt, so daß im Einzelfall auch bei mittelständischen Unternehmen z. T. beträchtliche Vertragsstrafesummen zu Buche schlugen (bei 28 abgemahneter Klauseln entstände eine Gesamtvertragsstrafe in Höhe von DM 28 000,-)¹⁵¹. Seinerzeit hatte das LG Frankfurt eine solche Vertragsstrafe als für den Verwender unzumutbar angesehen und dem VSV die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Dies hat den VSV veranlaßt, in Abkehr der bis dahin geübten Praxis eine auch aus Sicht des VSV unerwünschte Rabattgewährung zu praktizieren, um nicht mit Kosten belastet zu werden, die die weitere Tätigkeit bei der Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs blockieren können.

Lediglich bei bekannt markt- und umsatzstarken Unternehmen sowie bei Konditionenempfehlern wird von dieser Regel abgewichen.

Die eingetribenen Vertragsstrafen belaufen sich im Durchschnitt pro Kalenderjahr auf 5 bzw. 8 TDM. Da die Zuwiderhandlungen Monate, manchmal Jahre nach Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung begangen worden sind, liegt die Vermutung nahe, daß die Einhaltung der Unterlassungserklärungen nicht gesichert ist. Bisher jedenfalls beruht die Entdeckung solcher Zuwiderhandlungen auf Zufällen.

3. These: Wiederholungsgefahr – die unterschiedliche Praxis der Instanzgerichte beeinflusst den Zeitpunkt der Klageerhebung¹⁵².

Durchsetzungsprobleme des abstrakten Unterlassungsanspruchs im Hinblick auf die Wiederholungsgefahr haben vornehmlich drei Ursachen: (1) das Institut der Abmahnung wird unreflektiert aus dem Wettbewerbsverfahren auf das AGB-Verfahren übertragen; (2) die Gerichte reagieren unterschiedlich auf entsprechende Abwehrstrategien der Verwender. Diese haben zum Ziel, nicht nur ein Klageverfahren, sondern bereits die Abgabe einer Unterlassungserklärung zu vermeiden. So tragen Verwender auf die Abmahnung vor, die beanstandeten Bedingungen nicht mehr verwenden zu wollen, neue Entwürfe oder sogar bereits andere AGB zu verwenden bzw. die beanstandeten Formulare vernichtet zu haben; (3) die unterschiedliche Reaktion der Instanzgerichte beruht darauf, daß AGB-Verfahren nur z. T. von Wettbewerbskammern entschieden werden, die strengere Anforderungen an die Ausräumung der Wiederholungsgefahr stellen als normale Zivilkammern, die eher geneigt sind, bei der Beurteilung des Vorliegens der Wiederholungsgefahr sich durch Behauptungen des Verwenders beeinflussen zu lassen.

Obwohl der BGH im Urteil vom 9. Juli 1981 – VII ZR 123/80 –¹⁵³ ausgeführt hat, die Wiederholungsgefahr könne auch ohne

146 Abgedruckt bei *Bunte*, AGBE, § 13 Rdnr. 38.

147 Argument von *Bunte*, DB 1980 S. 481 ff.

148 *KG*, *Bunte*, AGBE II, § 13 Rdnr. 17 = WRP 1982 S. 29.

149 *OLG Frankfurt a. M.*, 8. 10. 1979, AGBE, § 13 Rdnr. 14 = WRP 1980 S. 84.

150 *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, § 15 Rdnr. 13.

151 *LG Frankfurt a. M.*, 18. 10. 1978, *Bunte*, AGBE, § 15 Rdnr. 8 – das Gericht hatte deshalb dem Unternehmen Recht gegeben, das zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsklage in Höhe von DM 28 000,- veranlaßt werden sollte.

152 *OLG München*, 5. 4. 1979, BB 1979 S. 805; *OLG Saarbrücken*, 12. 7. 1978, BB 1979 S. 705; *LG Bückeburg*, 8. 9. 1978, BB 1979 S. 705; *AG München*, 21. 9. 1978, BB 1979 S. 705 – alle drei Urteile wurden von *Löwe* besprochen, BB 1979 S. 705 ff.; *OLG Düsseldorf*, 30. 4. 1981, *Betrieb* 1981 S. 1663; *OLG München*, 19. 11. 1980, BB 1981 S. 74.

153 *BGH*, NJW 1981 S. 2412 = BB 1981 S. 1791 = *Betrieb* 1981 S. 2118 = ZIP 1981 S. 989 – der VSV hatte den Prozeß gezielt bis zum BGH hochgetrieben, um eine Klärung zu erreichen.

Abgabe einer strafbewehrten Verpflichtungserklärung entfallen, hat die Entscheidung im Hinblick auf die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs nur Einzelfallbedeutung. Im Streitfall ging es nämlich um ein als Eigenbetrieb geführtes Unternehmen der öffentlichen Hand, das mit lokalen Besitzern von Gaszentralheizungsgeräten Wartungsabkommen abgeschlossen hatte. Gegenüber diesem relativ überschaubaren Kundenkreis hatte das Unternehmen unstreitig auf die in der Abmahnung des VSV enthaltenen unwirksamen Klauseln hingewiesen und den Abschluß neuer Verträge zu rechtswirksamen Klauseln angeboten. Das abgemahnte Unternehmen hatte also mehr getan, als mit dem Unterlassungsanspruch überhaupt verlangt werden kann. Insofern läßt sich die Entscheidung nicht ohne weiteres auf andere Wirtschaftsbereiche übertragen. Da der VSV mittlerweile die unterschiedliche Bewertung der Instanzgerichte im Hinblick auf die Wiederholungsgefahr kennt, ergeben sich Unterschiede bei inhaltlich gleichen Abmahnungen im Hinblick auf den Zeitpunkt der Klageerhebung, je nachdem, bei welchem Gericht Unterlassungsklage zu erheben ist.

4. These: Die einstweilige Verfügung ist kein taugliches Mittel, um Grundsatzentscheidungen zu erstreiten, sondern ist eher als Sanktionsmöglichkeit zur Durchsetzung gefestigter Rechtsprechung geeignet.

Nachdem das OLG Düsseldorf im Urteil vom 10. 7. 1978 - 6 U 61/78 -¹⁵⁴ die Zulässigkeit der einstweiligen Verfügung mit der Begründung verneint hat, es fehle in der Regel an der notwendigen Dringlichkeit, schien es zunächst so, als ob der schnelle Rechtsschutz im Eilverfahren verbaut worden war. In der Folge hat sich jedoch gezeigt, daß andere Gerichte diese Auffassung nicht teilen, sondern die einstweilige Verfügung als mögliches prozessuales Durchsetzungsmittel betrachten (LG Hamburg - 15 O 660/79 -; OLG Hamburg vom 10. 6. 1981 - 5 U 78/81)¹⁵⁵.

Allerdings hat das einstweilige Verfügungsverfahren im AGB-Bereich bisher nur eine untergeordnete Rolle gespielt. Grundsatzfragen im AGB-Bereich können nur vom BGH entschieden werden, um eine Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu gewährleisten. Der Instanzenweg im einstweiligen Verfügungsverfahren ist jedoch mit der zweiten Instanz beendet. Im übrigen geben einstweilige Verfügungen, zumal wenn sie im Beschlußwege ergangen sind, für die Rechtsfortbildung nichts her. Der VSV vertritt daher die Ansicht, daß das Verfahren der einstweiligen Verfügung vor allem geeignet ist, um gefestigte Rechtsprechungsergebnisse in der Praxis schnell durchzusetzen. Zur Zeit befindet sich jedoch die Umsetzung der Zielvorstellungen des AGB-Gesetzes noch in einer Phase, die auf Erzielung gefestigter Rechtsprechungsergebnisse ausgeht.

5. These: Aufbrauchfristen¹⁵⁶ - oder wie rechtswidrige AGB noch jahrelang im Geschäftsverkehr bleiben können?

Häufig kommt es vor, daß Unternehmen die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung mit der Bedingung einer mehr oder weniger großzügig bemessenen Aufbrauchfrist verbinden oder zumindest entsprechende Bitten oder Wünsche nach Gewährung einer solchen gegenüber dem VSV äußern.

Die Problematik der Aufbrauchfrist ist wiederum im Wettbewerbsrecht angesiedelt und betrifft die Frage, ob Wettbewerbsverletzer mit hohem Kostenaufwand hergestelltes Material zum Zwecke der Werbung, das sich im Nachhinein als wettbewerbswidrig herausgestellt hat, noch einige Zeitlang verwenden können, um den gesamten Aufwand nicht umsonst getätigt zu haben. Während im Wettbewerbsrecht eine solche Frist von den Gerichten mitunter zugebilligt wird, vertritt die herrschende Meinung zum AGB-Recht die Auffassung, daß das Schutzobjekt der abstrakten Unterlassungsklage nach § 13, den Rechtsverkehr von unzulässigen Klauseln freizuhalten, eine wie immer geartete Befristung nicht verträglich ist.

Der BGH hat sich im Urteil vom 11. 6. 1980 - VIII ZR 174/79 -¹⁵⁷ (Preisänderung bei Dauerschuldverhältnissen) dieser Auffassung angeschlossen und festgestellt, daß die Weiterbenut-

zung von Vertragsmustern, die unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen enthalten, auch nur für eine Übergangszeit nicht gestattet werden kann. Der Rechtsverkehr soll schlechthin vor dem Gebrauch unbilliger Klauseln geschützt werden. Diese Auffassung hat der BGH in weiteren Entscheidungen, Urteil vom 7. 6. 1982 - VIII ZR 139/81¹⁵⁸, 20. 1. 1983 - VII ZR 105/81¹⁵⁹, 26. 1. 1983 - VIII ZR 342/81¹⁶⁰ bestätigt. Damit dürfte der Problemkomplex höchstrichterlich als abgeschlossen gelten. Der in den vorzitierten Entscheidungen für das Urteilsverfahren ausgesprochene Grundsatz gilt in gleicher Weise auch für die Unterlassungserklärung, die ihrem Zweck nach ein späteres Unterlassungsurteil überflüssig machen soll. Der VSV ist folglich berechtigt, Unterlassungserklärungen, die unter einer solchen Bedingung stehen, abzulehnen bzw. entsprechende Wünsche von Unternehmen auszuschlagen.

Die Praxis sieht jedoch etwas anders aus. Sehr oft ziehen sich Abmahnverfahren zeitlich in die Länge, da die abgemahnten Verwender aus unterschiedlichen Gründen Fristverlängerungen zur Abgabe der Unterlassungserklärung wünschen. Die Fristverlängerungen werden in der Regel gewährt. Sie führen indirekt zu Aufbrauchfristen, selbst wenn im außergerichtlichen Verfahren das Wort „Aufbrauchfrist“ nicht auftaucht. Gerade im Bereich der Konditionenempfehlungen kommt es vor, daß die Empfehler vor Abgabe einer strafbewehrten Verpflichtungserklärung das eigentlich nicht begründbare Recht für sich in Anspruch nehmen, zunächst die beanstandete Formulierung neu zu konzipieren und beim Bundeskartellamt anzumelden. Bis das diesbezügliche Anmeldeverfahren abgeschlossen ist, vergehen oft Monate. In diesem Zeitraum bleiben die beanstandeten Bedingungen im Bundesanzeiger ohne Veränderung stehen. Die These findet ihre Bestätigung in den zwischen dem DRV und dem VSV laufenden Verhandlungen über die empfohlenen Reisebedingungen. Dieses Verfahren begann im Februar 1981, es ist immer noch nicht abgeschlossen, obwohl bald zwei Jahre verstrichen sind. Aber selbst wenn dem betroffenen Verwender im BGH-Urteil bescheinigt wird, daß eine Aufbrauchfrist nicht in Frage kommt, versucht der AGB-Verwender oder -Empfehler nach Beendigung des Rechtsstreites mit allem Nachdruck, eine Aufbrauchfrist vom Verbraucherschutzverein zu erhalten. So mußte die Lufthansa AG seit Beginn des Rechtsstreites im Jahre 1980, spätestens jedoch nach Vorliegen des erstinstanzlichen Urteils zumindest ins Kalkül ziehen, daß ihre Beförderungsbedingungen für unwirksam erklärt würden. Dennoch hat sie es versäumt, für diesen Fall rechtzeitig eine konzeptionelle Neuformulierung ihrer Bedingungen vorzunehmen. Sie hat nach Verkündung des BGH-Urteils eine Aufbrauchfrist bis Ende 1983 beansprucht und dies mit den besonderen technischen Schwierigkeiten beim Neudruck von Flugscheinen begründet, die auf die Beförderungsbedingungen verweisen bzw. selbst einige Klauseln enthalten. Der Verbraucherschutzverein hat dieses Ansinnen abgelehnt und lediglich eine Umstellungsfrist von wenigen Wochen gewährt.

¹⁵⁴ OLG Düsseldorf, NJW 1978 S. 2512 = BB 1978 S. 1433, ablehnend Hensen, DB 1978 S. 2207; Bunte, DB 1980 S. 484; Stillner, ZVP 1980 S. 143; Reinel, S. 77; Löwe, BB 1978 S. 1433, zustimmend Koch, BB 1978 S. 1638; OH Teilzahlungswirtschaft 1978 S. 48.

¹⁵⁵ LG Hamburg, AGBE, § 15 Nr. 11; OLG Hamburg, NJW 1981 S. 2420 = WRP 1981 S. 536 = AGBE II, § 13 Nr. 12 - die Entscheidung wurde der NJW von Hensen mitgeteilt, der als Richter am Oberlandesgericht selbst an der Entscheidung mitgewirkt und sich 1978 ablehnend zu der Entscheidung des OLG Düsseldorf geäußert hatte.

¹⁵⁶ Eine eigenständige Erörterung der Problematik findet sich bei Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 17 Rdnr. 40 ff.

¹⁵⁷ BGH, NJW 1980 S. 2518, weitere Nachweise FN 105.

¹⁵⁸ BGH, BB 1982 S. 1752 = WM 1982 S. 869; ebenso KG, AGBE II, § 13 Nr. 9 unter 1 b) bb) der Gründe, sowie LG Karlsruhe, AGBE II, § 17 Nr. 2; zusätzlich Hiddemann, Sonderbeilage Nr. 5/1982 zu WM Nr. 28 S. 19 (Angaben bei Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 17 Rdnr. 45).

¹⁵⁹ BGH, BB 1983 S. 527 ff. - Lufthansa.

¹⁶⁰ BGH, BB 1983 S. 524 ff. - Möbelhandel.

6. These: Geltungserhaltende Reduktion – die Rechtsprechung im Spannungsfeld zwischen verbotener Reduktion und erlaubten Hinweisen zur Rechtsfortbildung.

Bei der geltungserhaltenden Reduktion geht es um die Frage, ob eine unzulässige Klausel, die einen angemessenen und damit wirksamen Kern enthält, auf diesen Kern reduziert und damit in diesem engen Rahmen aufrechterhalten werden kann. Beispielsweise ist eine formularmäßig vorgesehene Nachfrist mit drei Monaten als unangemessen lang anzusehen (§ 10 Nr. 2) – angemessen wäre nur vier Wochen – oder ein Wartungsvertrag enthält eine Vertragsdauer von fünf Jahren, obwohl § 11 Nr. 12 a eine Vertragslaufzeit von höchstens zwei Jahren erlaubt. Der BGH hat in den Urteilen vom 17. 5. 1982 – VII ZR 316/81 – sowie vom 7. 6. 1982 – VIII ZR 139/81 – der geltungserhaltenden Reduktion jedenfalls bezogen auf den konkreten Streitfall eine Absage erteilt¹⁶¹. Die tragenden Entscheidungsgründe stellen auf die Zweck- und die Zielrichtung des AGB-Gesetzes ab, wonach dem Kunden die Möglichkeit sachgerechter Information über die aus dem vorformulierten Vertrag erwachsenden Rechte und Pflichten gegeben werden soll. Durch eine geltungserhaltende Reduktion wird der Verbraucher mit überzogenen Klauseln konfrontiert und erhält erst in einem möglichen Individualprozeß Klarheit über den Umfang seiner Rechte und Pflichten. Gerade diese Individualrechtsstreitigkeiten will jedoch das AGB-Gesetz durch seine Präventivfunktion verhindern. Mit den Entscheidungen hat der BGH bewußt oder unbewußt die Verbandsklage nach § 13 gestärkt. Denn Klauseln können in immer weiter verfeinerten Formulierungen zur Entscheidung der Gerichte gestellt werden. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß der BGH deutliche Hinweise gegeben hat, wie er sich die zukünftige Formulierung der streitgegenständlichen unwirksamen Klausel vorstellt. So hat der BGH in der Entscheidung über die Preiserhöhungsklausel bei Zeitschriften-Abonnements folgende Tips gegeben¹⁶². Die Klausel dürfe Preiserhöhungen nur für den Fall einer Änderung der bei Vertragsschluß vorliegenden Verhältnisse vorsehen, ihr Ausmaß sei in ein angemessenes Verhältnis zu der eingetretenen Änderung zu stellen, die maßgebenden Umstände der Preiserhöhung müßten im voraus genau bezeichnet werden, der angemessene Ausgleich werde vor allem dadurch erreicht, daß dem Kunden gleichzeitig ein Lösungsrecht vom Vertrag zugebilligt werde. In der Entscheidung zu den Garantiebedingungen gab der BGH Hinweise¹⁶³, wie der Verwender sich verhalten solle, wenn er die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche des Kunden nebst den Garantieansprüchen aufrechterhalten möchte. Im Einzelfall wird die geltungserhaltende Reduktion abgelehnt, gleichzeitig aber Formulierungshilfe für die Zukunft angeboten.

7. These: Die Rückwirkung von Urteilen, oder muß die Automobilindustrie Tausenden von Käufern Teile des Kaufpreises erstatten?

Im sog. Tagespreis-Urteil hat der BGH¹⁶⁴ eine Preiserhöhungsklausel für unwirksam erklärt, von deren wirtschaftliche Bedeutung vor allem die Firmen Daimler Benz sowie Volkswagen betroffen sind, die bei Dieselfahrzeugen mit mehrjährigen Lieferfristen arbeiten. Das Urteil gewinnt nicht etwa deshalb wirtschaftliche Bedeutung, weil die Automobilfirmen die entsprechende Klausel zukünftigen Verträgen nicht mehr zugrundelegen können. Die wirtschaftliche Tragweite der Entscheidung bezieht sich vielmehr auf die zur Zeit der Verkündung der Entscheidung noch schwebenden – aber wie sich in der Praxis gezeigt hat – auch auf die bereits abgewickelten Verträge. Der Verbraucherschutzverein hatte dem BGH die Frage vorgelegt, ob sich die Unterlassungspflicht eines rechtskräftig verurteilten Verwenders auch darauf erstreckt, sich bei der Abwicklung der zur Zeit der Rechtskraft des Urteils bereits abgeschlossenen, aber noch nicht abgewickelten Verträge, nicht mehr auf die unzulässigen Klauseln gegenüber einem Kunden zu berufen. Der BGH hat im Urteil vom 11. 2. 1981 – VIII ZR 335/79 –¹⁶⁵ ausgesprochen, daß sich die Unterlassungspflicht auf Verträge erstreckt, die unter Einbeziehung der später für unwirksam erklärten Klauseln bereits vor Erlaß des Unterlassungs-

urteils abgeschlossen waren. Dieses Ergebnis begründet der BGH mit dem Zweck der Unterlassungsklage, den Rechtsverkehr von sachlich unangemessenen Klauseln freizuhalten. Dieser Zweck würde nur unvollkommen erreicht, wenn es dem Verwender einer im Verfahren nach § 13 für unwirksam erklärten Klausel gestattet wäre, sich gleichwohl im Rechtsverkehr bei der Abwicklung bereits zuvor abgeschlossener Verträge und damit bei der Durchsetzung seiner Rechte noch auf eine derartige – wie er weiß – unwirksame Klausel zu berufen. Die Entscheidung zeigt, daß der Begriff der „Verwendung“¹⁶⁶ in § 13 wesentlich weiter zu fassen ist als derjenige in § 1, der nach dem Wortlaut der Vorschriften auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt. Der BGH sieht konsequenterweise in dem weitgefaßten Unterlassungsgebot keine eigentliche Rückwirkung, da der Verwender nicht verpflichtet wird, die Folgen einer zunächst vereinbarten, nachträglich als unwirksam festgestellten Klausel rückwirkend zu beseitigen. Gerade unter diesem Gesichtspunkt gewinnt das BGH-Urteil zur Tagespreisklausel seine besondere wirtschaftliche Bedeutung. Da eine gesetzliche Vorschrift fehlt, die die nach der Unwirksamkeit entstandene Lücke füllt, § 6 Abs. 2, sind zwischenzeitlich in der Literatur¹⁶⁷ unterschiedlichste rechtliche Konstruktionen erwogen worden, die letztlich die Frage beantworten sollen, ob die Automobilindustrie berechtigt ist, den zur Zeit der Auslieferung geltenden Tagespreis zu verlangen oder ob sie verpflichtet ist, bei den nach dem 1. 4. 1977 – dem Tag des Inkrafttretens des AGB-Gesetzes – abgeschlossenen und auch abgewickelten Verträgen den gezahlten Mehrpreis nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung, § 812 ff. BGB, zurückzuzahlen. Diese Fragestellung steht nicht im Widerspruch zu der in der Rückwirkungsentscheidung getroffenen Feststellung des BGH, eine Rückabwicklung bereits abgeschlossener Verträge komme nicht in Betracht, § 21 AGB-Gesetz entfalte keine Bindungswirkung im Hinblick auf bereits abgewickelte Verträge. Davon zu unterscheiden ist nämlich die Auswirkung eines Klauselverbotes auf abgewickelte Verträge, die „faktische Breitenwirkung“¹⁶⁸. Diese kann zur Rechtsgrundlosigkeit der auf der Grundlage der später für unwirksam erklärten Klausel erbrachten Leistungen führen. Daraus resultierende Folgeprozesse haben mit § 21 AGB-Gesetz nichts zu tun. Schließlich war weder Volkswagen noch Daimler Benz Prozeßgegner im Tagespreisklausel-Verfahren.

Inzwischen haben die Auswirkungen der Tagespreisklausel-Entscheidung in zahlreichen Folgeurteilen, die sich entweder mit der Rückforderung des Differenzbetrages über § 812 oder mit der Frage auseinandersetzen, ob trotz Unwirksamkeit der Tagespreisklausel aufgrund sonstiger Vorschriften der Tagespreis verlangt werden kann, ihren Niederschlag gefunden. So haben folgende Gerichte einen Bereicherungsanspruch des Käufers bejaht: Landgericht Nürnberg-Fürth vom 27. 1. 1982 – 11 S 59/81 –¹⁶⁹, Amtsgericht München vom 14. 7. 1982 – 8 C 5580/82 –¹⁷⁰, Landgericht Duisburg vom 29. 10. 1982 – 4 S 229/82^{170a} –, Amtsgericht München vom

161 BGH, 17. 5. 1982, NJW 1982 S. 2309; BGH, 7. 8. 1982; NJW 1982 S. 2311; dazu Bunte, NJW 1982 S. 2298; zuvor aus dem Schrifttum: Ebel, DB 1979, S. 1973; Feiber, NJW 1980 S. 1148; Götz, NJW 1978 S. 2223; Johannsen, DB 1981 S. 732; Kötz, NJW 1979 S. 785; Eike Schmidt, JA 1980 S. 401; Ulmer, NJW 1981 S. 2025; (Nachweise aus Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 vor Rdnr. 19).

162 BGH, 11. Juni 1980, NJW 1980 S. 2518.

163 BGH, NJW 1981 S. 867.

164 7. 10. 1981, NJW 1982 S. 331 ff. mit weiteren Nachweisen in FN 106.

165 BGH, NJW 1981 S. 1511 = MDR 1981 S. 750 = BB 1981 S. 934 und 1793 (Anm. Bunte) = Betrieb 1981 S. 1129.

166 Zum Verwenderbegriff OLG Stuttgart, NJW 1980, S. 1583 und LG München I, 31. 5. 1979, BB 1979 S. 1789.

167 Vgl. die Kontroverse Kötz, BB 1982 S. 644 ff. und Löwe, BB 1982 S. 648 ff. sowie Ulmer, BB 1982 S. 1125 ff.

168 Löwe in Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Bd. II, 2. Aufl., § 21 Anm. 21.

169 BB 1982 S. 456 ff. mit Anm. Jung, DAR 1982 S. 102.

170 DAR 1982 S. 330.

170a Bunte, AGBE III, § 9 Rdnr. 68.

12. 10. 1982 – 10 C 12346/82^{170b} – und Landgericht München I vom 30. 3. 1983 – 31 S 16725/82 –. Das Landgericht Frankfurt vom 2. 2. 1982 – 2/16 S 168/81 – stellte im umgekehrten Fall, also bei der Nachforderung des Verkäufers aufgrund der Tagespreisklausel fest, daß es bei dem ursprünglich vereinbarten Kaufpreis bleibt. Andererseits hat das Amtsgericht Stuttgart-Bad Cannstatt im Urteil vom 26. 1. 1982 – 1 C 2340/81^{170c} – sowie das Landgericht Darmstadt im Urteil vom 12. 3. 1982 – 17 S 114/81^{170d} – unter Anerkennung der Unwirksamkeit der Tagespreisklausel einen entsprechenden Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB mit der Begründung abgelehnt, der Verkäufer könne den Tagespreis über die §§ 315, 316 BGB fordern. Auch die oberinstanzlichen Urteile der OLG Stuttgart vom 24. 11. 1981 – 12 U 108/81 –¹⁷¹, OLG Frankfurt vom 23. 12. 1982 – 16 U 134/82^{171a} –, OLG Hamm vom 11. 11. 1982 – 27 U 276/82^{171b} – sowie OLG Saarbrücken vom 19. 10. 1982 – 2 U 47/82^{171c} – nahmen unter weitestgehender Übernahme der Argumentation von Ulmer¹⁷² den Standpunkt ein, eine Rückforderung über § 812 BGB entfallende, weil bei mehrjähriger Lieferfrist nach dem Parteiwillen und der Verkehrssitte ohnehin der Listenpreis als der maßgebliche Preis gelten müsse. Dementsprechend könne der Verkäufer über die Vorschriften der §§ 315, 316 BGB direkt oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung bei analoger Anwendung der §§ 315, 316 BGB den tatsächlichen Tagespreis fordern. Der Listenpreis bei Vertragsschluß sei lediglich als Orientierungshilfe anzusehen. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 18. 5. 1983 – VIII ZR 20/82 –¹⁷³ dieser Argumentationslinie eine Absage erteilt. Die Angemessenheit vorformulierter Erklärungen kann nur über § 9 AGB-Gesetz und nicht über § 315 BGB kontrolliert

werden¹⁷⁴. Offen ist jedoch, welche Auswirkung die Vorentscheidung auf bereits abgeschlossene – noch laufende oder abgewickelte – Verträge hat, da der BGH hierzu nicht Stellung nehmen mußte. Es bleibt abzuwarten, ob tatsächlich das „Ende der Tagespreisklausel-Diskussion“¹⁷⁵ gekommen ist. Die bisherige instanzliche Rechtsprechung¹⁷⁶ läßt die Tendenz erkennen, dem Händler aufgrund kritikwürdiger rechtlicher Konstruktion doch zum Tagespreis zu verhelfen, wodurch die Auswirkungen des Tagespreis-Urteils erheblich relativiert werden.

Beim Verbraucherschutzverein hatten eine Vielzahl Betroffener angerufen, um sich Rechtsrat zu holen. Um die Effizienz solcher Folgeprozesse zu erhöhen, ist die „gebündelte“ Geltendmachung etwaiger Einzelansprüche nach deren Abtretung an den VSV im Wege der Prozeßstandschaft in Erwägung zu ziehen. Damit würde ein Weg beschritten werden, der im Gesetzesentwurf zur Novellierung des UWG vorgezeichnet ist. Probleme stellen sich nicht nur in prozessualer Hinsicht, sondern auch in tatsächlicher, weil die Satzung des Verbraucherschutzvereins auf eine solche Vorgehensweise nicht direkt zugeschnitten ist.

Die Gegenüberstellung des Gebrauchtwagen-Urteils mit der Tagespreisklausel-Entscheidung führt zu folgender Konsequenz: Während der Käufer eines Gebrauchtwagens sich unter Umständen mit einem verkehrsunsicheren Kraftfahrzeug abfinden muß, hat der Käufer von Neuwagen die Chance, bei langen Lieferzeiten und zwischenzeitlichen Preiserhöhungen nicht unerhebliche Teile des Kaufpreises zurückfordern zu können.

V. Würdigung

Aus der Sicht des Verbraucherschutzes bleibt die Frage offen, welche Änderungen die Rechtsfortbildung in der konkreten Vertragspraxis tatsächlich herbeigeführt haben. Ohne eine empirische Erhebung lassen sich hierzu keine Aussagen machen. Es bleibt zu hoffen, daß die vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegebene Studie bald eine Einschätzung erlaubt. Falls sich in den kommenden Jahren die Zahl der Grundsatzprozesse verringert, wäre theoretisch für den Verbraucherschutzverein der Weg frei, die Einhaltung der erstrittenen Verbesserungen systematisch zu kontrollieren. Vorerst scheint eine solche Umorientierung der Arbeit nicht vorstellbar. Inhaltlich deutet die Bestandsaufnahme der Rechtsprechung in Teilbereichen eine Konsolidierung des rechtlich Zulässigen an. Die weitere Fortentwicklung des Verbraucherschutzgedankens im Vertragsrecht wird wesentlich davon abhängen, ob es gelingt, den direkten Vertragspartner des Verbrauchers von den ökonomischen Folgekosten der verbesserten Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu entlasten. Westphalen hat anschaulich den Begriff vom „seitengleichen Regress“¹⁷⁷ geprägt, womit treffend die Notwendigkeit umschrieben ist, die Vertragsbeziehung des Kaufmanns bzw. Handwerkers zu seinen Lieferanten kritisch daraufhin zu überprüfen, ob nicht der Vertragspartner des Verbrauchers im Innenverhältnis von den Folgekosten befreit werden muß. Insofern kann die von den Verbraucherschutzorganisationen initiierte und intendierte Fortentwick-

lung der Rechtsprechung nur als der notwendig erste Schritt begriffen werden, dem der zweite, die Überprüfung der kaufmännischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, folgen muß.

170b Bunte, AGBE III, § 9 Rdnr. 78.

170c Bunte, AGBE III, § 9 Rdnr. 71.

170d Bunte, AGBE III, § 9 Rdnr. 62.

171 BB 1982 S. 148.

171a NJW 1983 S. 946.

171b ZIP 1983 S. 286.

171c Bunte, AGBE III, § 9 Rdnr. 57.

172 Ulmer, BB 1982 S. 1125 ff.; auf das Urteil des OLG Stuttgart trifft die Einschätzung nicht zu, da die Entscheidung zeitlich früher liegt.

173 BGH, BB 1983 S. 921 ff., mit Anm. Trinkner; dazu auch Jung, BB 1983 D. 1058 ff.

174 So ausdrücklich Trinkner, BB 1983 S. 924, und Jung, BB 1983 S. 1059.

175 So die Überschrift des Beitrages von Jung, BB 1983 S. 1058 ff.; zuletzt Bunte, ZIP 1983 S. 765 ff., und Bechtold, BB 1983 S. 1636 ff.

176 Neuestens OLG München, ZIP 1983 S. 837 nicht rechtskräftig.

177 Westphalen in: Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGBE, Bd. II, § 24 Rdnr. 18; zu der Notwendigkeit einer Regreßmöglichkeit als Folge der vertragsrechtlichen Zuordnung der Schwimmschalter-Problematik, Brüggemeier, VersR 1983 S. 501 ff. (508 ff.).