

BRep. Dtschld., 1980, Rdnr. 298). Die Kommentare zum AGB-Gesetz stimmen darin überein, daß der unklare Anwendungsbereich aus der hastigen Formulierung kurz vor Verabschiedung des Gesetzes resultierte, die eine Feinabstimmung des materiellen und des verfahrensrechtlichen Teils des AGB-Gesetzes verhinderte (statt aller *Löwe-Trinkner-Graf v. Westphalen*, § 4 Rdnr. 12, Vorb. §§ 13 bis 22 Rdnr. 9). Eine Durchsicht der Kommentare zeigt die Bereitschaft, grundsätzlich eine abstrakte Prüfung von Klauseln über die §§ 9 bis 11 AGB-Gesetz zuzulassen, die gleichzeitig §§ 2 bis 5 AGB-Gesetz unterfallen (*Ulmer-Brandner-Hensen*, § 13 Rdnr. 2; *Löwe-Trinkner-Graf v. Westphalen*, § 4 Rdnr. 12; *Gerlach*, in: MünchKomm. § 13 AGB-Gesetz Rdnrn. 15, 16; *Kock-Stübing*, § 13 Rdnr. 6; *Palandt-Heinrichs*, Vorb. § 13 AGB-Gesetz Anm. 2). Klarer als viele Kommentare (*Löwe-Trinkner-Graf v. Westphalen*, § 4 Rdnr. 12, spricht von „Systemwidrigkeit; *Gerlach*, § 13 Rdnrn. 15, 16, kommt erst nach intensiven Überlegungen zu einem positiven Ergebnis; eindeutig dagegen *Ulmer-Brandner-Hensen*, § 13 Rdnr. 2) hebt das OLG die Gründe hervor, die rechtfertigen, warum im Verhältnis der §§ 2 bis 5 AGB-Gesetz zu § 13 AGB-Gesetz das Vorrangprinzip nicht gilt. Sinn und Zweck des abstrakten Kontrollverfahrens ist es, den Rechtsverkehr von unangemessenen Klauseln freizuhalten. Der Rechtsverkehr wird auch durch Klauseln beeinträchtigt, die lediglich die Möglichkeit einer unangemessenen Benachteiligung beinhalten, ohne daß konkret feststeht, ob die Klausel in einem Einzelfall je eine solche Wirkung entfalten kann. Den Verbraucherorganisationen bietet sich ein weites Beteiligungsfeld; denn viele AGB enthalten neben Schriftformklauseln Bestimmungen über die Einbeziehung oder Bestimmungen unklaren Inhalts, die konkret vielleicht nie zu einer Beschränkung der Rechte des Verbrauchers führen, aber gleichwohl permanent dieses Risiko in sich tragen. Erfreulicherweise hat das LG München I am 26. 6. 1980 (7 O 4591/80) unabhängig vom OLG Karlsruhe eine gleichlautende Entscheidung getroffen.

Das OLG Karlsruhe gelangt zu einer teilweisen Unwirksamkeit der sogenannten *Schriftformklausel* anhand einer Überprüfung gem. § 9 AGB-Gesetz. Es handelt sich hier um die erste Stellungnahme eines Obergerichtes nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes. Die anhand von Individualprozessen entwickelte höchstrichterliche Rechtsprechung vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes war uneinheitlich und widersprüchlich (dazu *Reich-Micklitz*, Rdnr. 219). So wurde es zugelassen, daß die Parteien formlos auf das Schriftformerfordernis verzichteten, so daß beispielsweise eine Eigenschaftszusicherung nicht an die Schriftform gebunden sein mußte (*BGH*, NJW 1968, 1378). Auch konnte eine Berufung auf die Schriftformklausel gegen Treu und Glauben verstoßen, wobei allerdings streitig war, wann ein solcher Verstoß gegen Treu und Glauben vorlag (*BGH*, NJW 1975, 1693). Besaß der Verbraucher nach diesen Urteilen noch eine Chance, sich wirksam auf mündliche Nebenabreden berufen zu können, so fiel der *BGH* in einer nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes ergangenen Entscheidung eines Individualprozesses hinter den bislang gewährten Rechtsschutz zurück: ohne nähere Erörterung der Problematik stellt der *BGH* fest, daß die Schriftformklausel den Belangen des Verkäufers Rechnung trägt, diese Risikoverteilung dem Käufer aber zumutbar ist, weil er entsprechende Änderungen in den Kaufvertrag aufnehmen lassen kann (*BGH*, NJW 1980, 234). In der Literatur zum AGB-Gesetz ist streitig, wie die Schriftformklausel zu beurteilen ist. Ausgehend von der Einzelfallkontrolle sucht die h. M. die Lösung des Konflikts im Vorrangprinzip der Individualabrede, § 4 AGB-Gesetz (*Kötz*, in: MünchKomm, § 4 AGB-Gesetz Rdnr. 8; *Löwe-Trinkner-Graf v. Westphalen*, § 9 Rdnr. 29; *Ulmer-Brandner-Hensen*, Anh. §§ 9 bis 11 Rdnr. 628, § 4 Rdnr. 33). Andere Autoren betonen den Charakter der Schriftformklausel als mittelbaren Haftungsausschluß und wollen entweder das Umgehungsverbot, § 7 AGB-Gesetz (*Reich*, in: Alternativ-Komm., § 476 Rdnr. 36) oder § 9 II Nr. 2 (*Schlosser-Coester-Waltjen-Graba*, § 9 Rdnr. 117) anwenden, weil der AGB-Verwender sich für Kardinalpflichten nicht freizeichnen kann. Das OLG greift weder auf die bisherige Rechtsprechung noch auf die Diskussion in der Literatur zum AGB-Gesetz zurück. Diese Vorgehensweise ist möglich, weil das OLG so konsequent den abstrakt-generellen Charakter einer Prüfung im Rahmen des § 13 AGB-Gesetz betont. Die bisherige Rechtsprechung scheidet als Anknüpfungspunkt aus, weil sie an Einzelfallentscheidungen entwickelt wurde, die Literatur zum AGB-Gesetz ist jedenfalls insoweit unbeachtlich, als sie die Wirksamkeit der Schriftformklausel an § 4 AGB-Gesetz mißt. Es ist deshalb nur konsequent, wenn das OLG allein auf eine Prüfung der Angemessenheit nach § 9 AGB-Gesetz abstellt. Hierin liegt gerade die Pionierleistung des OLG.

Anmerkung: Das OLG Karlsruhe nimmt zu drei Streitfragen Stellung, die eine nähere Auseinandersetzung rechtfertigen: (1) eine abstrakte Kontrolle der Schriftformklausel im Verfahren nach § 13 AGB-Gesetz scheidet nicht am Vorrangprinzip des § 4 AGB-Gesetz, (2) die Schriftformklausel verstößt gegen § 9 I AGB-Gesetz, soweit damit die Wirksamkeit mündlicher Abreden ausgeschlossen werden soll, die mit Personen getroffen werden, die für den AGB-Verwender wirksam handeln und ihn verpflichten können, (3) trotz der teilweisen Unwirksamkeit der Schriftformklausel kann die klagende Verbraucherzentrale die Unterlassung der Verwendung der gesamten Schriftformklausel verlangen.

Soweit ersichtlich behandelt die Entscheidung des OLG Karlsruhe aus der Sicht der Rechtsprechung erstmalig das Verhältnis der §§ 2 bis 5 AGB-Gesetz zu § 13 AGB-Gesetz. Der Gesetzeswortlaut erlaubt ausdrücklich nur eine Kontrolle von Klauseln, die gegen die §§ 9 bis 11 AGB-Gesetz verstoßen (dazu *Reich-Micklitz*, VerbraucherR in der

Mangels fehlender gesetzlicher Vorschriften konnte sich das OLG bei seiner Entscheidungsfindung nicht an einem wie immer gearteten Leitbild des dispositiven Rechts orientieren (*Reich-Micklitz*, Rdnr. 265).

Das OLG stützt seine Entscheidung auf *Ulmer-Brandner-Hensen*, Anh. §§ 9 bis 11 Rdnrn. 628, 629, die die vom OLG nachvollzogene Differenzierung in der Person des Vertreters erstmalig in die Diskussion gebracht haben. Bei allem Respekt vor der Entscheidung des OLG Karlsruhe ist darauf hinzuweisen, daß genau in diesem Anknüpfungspunkt die – aus Verbrauchersicht – entscheidende Schwäche des Urteils liegt. Das OLG behandelt die Problematik aus der Sicht des AGB-Verwenders. Der Umfang des Verbraucherschutzes hängt nämlich allein davon ab, wie der AGB-Verwender (Geschäftsinhaber) das rechtliche Verhältnis zu seinen Angestellten ausgestaltet hat. Folgt man der Auffassung *Ulmers* (in: *Ulmer-Brandner-Hensen*, § 4 Rdnr. 35), so sind vom Abschlußvertreter entgegen den AGB gemachte Angaben für den Verbraucher wertlos, weil die Vertretungsmacht sich auf den Abschluß von Geschäften unter unveränderter Übernahme der AGB des Verwenders beschränkt. Rechtsschutz könnte der Verbraucher nur noch erlangen, wenn man dem Geschäftsinhaber Erklärungen seiner Angestellten nach den Grundsätzen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht zurechnet. Nach der Rechtsprechung erfolgt die Beurteilung auch insoweit aus der Sicht des Verwenders. Denn eine Durchsetzung kommt überhaupt nur in Frage, wenn der Geschäftsinhaber eine Überschreitung der Vollmacht duldet (*Thiele*, in: MünchKomm, § 167 Rdnr. 44) oder durch sein Verhalten einen Vertrauenstatbestand schafft, der den Verbraucher berechtigt, vom Bestehen einer Vollmacht auszugehen (*Thiele*, Rdnr. 51).

Selbst wenn man den Charakter der Schriftformklausel als mittelbaren Haftungsausschluß zum Anknüpfungspunkt der Auslegung wählt (*Reich-Micklitz*, Rdnr. 219; offengelassen *BGH*, NJW 1980, 1619 [1621]), gelangt man zu keinem anderen Ergebnis. Zwar verstößt die Schriftformklausel gegen § 11 Nr. 11 AGB-Gesetz, weil es nach der Wertentscheidung des Gesetzgebers nicht zulässig ist, die in AGB uneinschränkbare Haftung wegen einer Eigenschaftszusicherung dadurch zu unterlaufen, daß der AGB-Verwender für die Zusicherung Schriftform verlangt; nur, Rechtsfolgen kann der Verbraucher aus der Zusicherung nur herleiten, wenn sie wirksam erteilt worden ist. Damit ist der Kreis geschlossen.

Bei der Suche nach der Lösung des Konflikts ist von der Einsicht auszugehen, daß der AGB-Verwender mittelbar seine Haftung gerade für diejenigen Erklärungen ausschließen will, die den Verbraucher zum Kaufentschluß bewegen. Häufig sieht sich der Verbraucher Personen gegenüber, die besonders geschult sind, um ihn von der Notwendigkeit des Kaufs zu überzeugen (dazu *Reifner*, Alternatives WirtschaftsR am Beispiel der Verbraucherverschuldung, 1979, S. 158 m. w. Nachw.). Vor diesem rechtstatsächlichen Hintergrund ist das Innenverhältnis Geschäftsherr/Angestellter zu interpretieren. Angestellte werden nur selten eine ausdrücklich erteilte Vollmacht erhalten. Zumeist werden die Erwartungen an die Angestellten durch schlüssiges Tun oder durch mehr oder weniger präzise Andeutungen vermittelt werden. Bei einer solchen Sachlage erscheint es geboten, den Angestellten als Handlungsbevollmächtigten i. S. des § 54 HGB anzusehen (in diese Richtung auch *Reich*, in: Alternativkomm., § 476 Rdnr. 36). Er ist dann zumindest befähigt, Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, die die Einleitung, den Abschluß, die Durchführung und die Abwicklung des übertragenen Geschäfts betreffen (*Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhahn*, HGB, 5. Aufl. [1973], § 54 Rdnr. 22). Für Zusicherungen muß der Geschäftsherr also eintreten. Steht tatsächlich fest, daß dem Angestellten nur eine Abschlußvollmacht erteilt worden war, so haftet der Geschäftsherr gleichwohl nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht für Äußerungen und Erklärungen, die im Bereich desjenigen liegen, was branchenüblich als Marketingstrategie eingesetzt wird.

Schließlich nimmt das OLG zu einem Streit Stellung, der die Literatur zunehmend beschäftigt: was hat zu geschehen, wenn eine Klausel nur teilweise gegen das AGB-Gesetz verstößt? Die Frage kann hier nicht umfassend erörtert werden (vgl. hierzu *Reich-Micklitz*, Rdnr. 316; zuletzt *Schmidt*, JA 1980, 401 ff.). Die verwendete Schriftformklausel ist in ihrem Sinngehalt nicht teilbar. Eine Aufrechterhaltung des wirksamen Teils würde die Verbraucherorganisationen zwingen, von Anbeginn in einen unwirksamen und einen möglicherweise wirksamen Teil zu unterscheiden. Mithin hätten sie auch das (Kosten-)Risiko mangelnder Differenzierung zu tragen (*Schmidt*, JA 1980, 405). Allein die Annahme der Gesamtnichtigkeit bietet eine interessengerechte Lösung.