

## Allgemeine Grundsätze

Vorbemerkung:

Die Überprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgt schematisch; der Grund hierfür ist das in den §§ 305 ff. BGB geregelte materielle Recht selbst.

### 1. Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB

§ 310 BGB regelt ausweislich seiner seit dem 01.01.2002 amtlichen Überschrift den Anwendungsbereich des AGB-Rechts.

Praktisch wichtig ist erstens, dass die Einbeziehungsvoraussetzungen gem. § 305 Abs. 2 und Abs. 3 BGB sowie die Unwirksamkeitsgründe gem. den §§ 308, 309 BGB nicht bei unternehmensbezogen verwendeten AGB gelten, § 310 Abs. 1 BGB.

Wichtig ist zweitens, dass die Anwendung der nach allgemeinen Merkmalen definierten Klauselunangemessenheit gem. § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB trotz der im Unternehmerbereich nicht geltenden §§ 308, 309 BGB es ermöglicht, zu Untersagungen zu gelangen, die den einzelnen Regelungen gem. §§ 308, 309 entsprechen, vorausgesetzt zusätzlich, die Untersagungen lassen sich auch im unternehmerischen Geschäft unter Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche rechtfertigen.

### 2. Vorhandensein von AGB

*"Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt", § 305 Abs. 1 S. 1 BGB.*

*"Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind", § 305 Abs. 1 BGB.*

Dies bedeutet in praktischer Hinsicht: Kommt der Text vom Verwender, liegen praktisch ausnahmslos AGB vor. Ausgehandelte

	<p>Vertragsbedingungen sind höchst selten. Individualvereinbarungen sind praktisch ausnahmslos nicht im Hinblick auf die Erstellung des Vertragstextes, sondern bei nachträglichen Änderungen oder Ergänzungen beachtlich. Obwohl Schriftformklauseln wie:</p> <p><i>"Zusätzliche Ergänzungen oder Änderungen sind nur gültig, wenn sie schriftlich bestätigt sind"</i> gegen den Vorrang der Individualabrede nach § 305 b BGB und damit gegen § 307 Abs. 2 Ziffer 1 BGB - auch unternehmensbezogen verwendet - verstoßen, weil vertragliche Beziehungen dafür offen sein müssen, dass auch der Formularvertrag nachträglich mündlich geändert wird, finden sich entsprechende Schriftformklauseln in beinahe jedem zwischen Unternehmern verwendeten Vertrag.</p> <p>3. Wirksame Einbeziehung</p> <p>Bei der wirksamen Einbeziehung von AGB ist zwischen den Einbeziehungsvoraussetzungen bei Verwendung der AGB gegenüber Verbraucher gem. § 305 Abs. 2 BGB einerseits sowie den weiteren Einbeziehungsmöglichkeiten gegenüber Unternehmern andererseits zu unterscheiden.</p> <p>Ein von der Instanzrechtsprechung vernachlässigtes Problem ist die Schriftgröße von AGB (bei zu kleiner Schrift: keine Einbeziehung), obschon zur Punktezahl der Buchstaben eine Entscheidung des I. Zivilsenats des BGH vorliegt.</p> <p>4. Auslegung</p> <p>Die Auslegung geht der Inhaltskontrolle vor. Dies bedeutet auch, dass die Auslegung nicht die Inhaltskontrolle ersetzen kann, vgl. hierzu meine Ausführungen in GRUR 2003, 114 ff (Besprechung der Entscheidung des BGH zu dem Stichwort "Trainingsvertrag").</p> <p>AGB sind anhand ihres Wortlauts, ihres Regelungszusammenhangs und nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie vom verständigen und redlichen Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden.</p> <p>Anders als bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen, welche vom Empfängerhorizont der jeweils anderen Seite unter Berücksichtigung der Interessen der an</p>	
--	---	--

	<p>diesem Vertrag beteiligten Parteien auszulegen sind, bestimmt sich die Auslegung von AGB verstärkt nach allgemeinen und objektiven, vom Sachverhalt losgelösten Gesichtspunkten.</p> <p>Was das Ergebnis einer solcherart vorgenommenen Konkretisierung anbelangt, so ist zwischen der einen Auslegungsmöglichkeit, wie sie die klagende Partei im Individualprozess für sich in Anspruch nimmt einerseits und sämtlichen vernünftigerweise in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten im abstrakten Kontrollverfahren andererseits zu unterscheiden.</p> <p>Im abstrakten Kontrollverfahren ist mithin in umgekehrter Anwendung der Unklarheitenregelung des § 305 c Abs. 2 BGB von demjenigen Klauselinhalt auszugehen, der für den Kunden am ungünstigsten ist. Ergibt mithin irgendeine Auslegungsmöglichkeit, dass in diesem Fall die Klausel den Kunden unangemessen benachteiligt, ist sie unwirksam gem. den §§ 307 ff BGB.</p> <p>Der in Schriftform herrschenden Ansicht, dass auch im Individualprozess in umgekehrter Anwendung von § 305 c Abs. 2 BGB zunächst von der kundenfeindlichsten, möglicherweise zur Unwirksamkeit führenden Auslegung auszugehen ist, haben sich mittlerweile auch die Oberlandesgerichte von Schleswig-Holstein, das OLG in der Bayerischen Metropole sowie das OLG mit Sitz dort, wo auch der BGH ansässig ist, angeschlossen.</p> <p>Nach meiner Auffassung sind AGB in ihrem Aufbau, von ihrem Regelungszusammenhang und der Art und Weise ihrer Regelungsaussagen her betrachtet als Normen anzusehen. Sie weisen nicht wie Kündigungen, Vertragsangebote oder letztwillige Verfügungen den Zusammenhang mit einem bestimmten Lebenssachverhalt auf. Nach meiner Auffassung sind AGB infolgedessen wie Gesetze – mit Ausnahme der auf die Beweggründe des Regelungsgebers bezogenen Interpretation - auszulegen. Im Ergebnis zeitigt dies deshalb keine großen Unterschiede zur herkömmlichen Auslegung von AGB, weil die herkömmliche Konkretisierung von AGB letztlich wie die Auslegung von Normen - mit Ausnahme der auch von mir abgelehnten historischen Auslegung - gehandhabt wird.</p> <p>Gegen jeden Aufschrei der Fachwelt eines Verrats an der Privatautonomie, dem Verkennen des</p>	
--	--	--

	<p>hoheitlichen Unterworfenenseins, wende ich ein, dass ich mich mit dem Thema der Auslegung von AGB auf 660 Seiten - nie veröffentlicht - befasst habe und daher jedem Zwiegespräch offen gegenüberstehe.</p> <p>Ich bin allerdings in allen Lebensbereichen der Aufforderung abhold, ein Bekenntnis zu Personen oder Haltungen abzulegen, es sei denn, diese Bekenntnisse betreffen die Werke dessen und ihn selbst, der Himmel und Erde gemacht hat. Ich stehe also in derart irdischen Dingen wie der Auslegung von AGB dem Motto nahe, Mut zu haben, mich meines Verstandes zu bedienen.</p> <p>Zur Vorgehensweise bei der Frage der Auslegung von AGB verweise ich zusätzlich auf meinen kurzen Hinweis in GRUR 2003, 114, 116 Fn 14.</p> <p>5. Inhaltskontrolle</p> <p>Bei der Inhaltskontrolle ist zu unterscheiden 1. zwischen der Regelung der §§ 307 bis 309 BGB, 2. Sonderregelungen wie den §§ 488 ff BGB (Darlehensvertrag) und 3. Sonderfällen wie einer überraschenden und mehrdeutigen Klausel gem. § 305 c BGB.</p> <p>Was erstens die §§ 307 bis 309 BGB angeht, so empfiehlt sich die Lektüre des Gesetzeswortlauts insoweit.</p> <p>Insbesondere für den mit den Maßstäben des AGB-Rechts vertrauten Juristen ist gleichermaßen die Berufung auf die Konkretisierung des Zentralbegriffs der Unangemessenheit, vorgenommen durch den BGH, angezeigt, welche da lautet: <i>"Unangemessen ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH eine Bestimmung in AGB, in welcher der die Vertragsgestaltung für sich beanspruchende Verwender entgegen den Geboten von Treu und Glauben einseitig eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen sucht, ohne von vorne herein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen"</i>.</p> <p>Mit diesem Maßstab lassen sich vor allem bei der Bewertung von unternehmensbezogen verwendeten AGB sachgerechte Ergebnisse erzielen.</p> <p>Der Prüfungsumfang ist - wie vorstehend unter Ziffer 4 zur Auslegung erwähnt - unterschiedlich je nachdem, ob die Klauselunangemessenheit im Inzidentprozess oder aber im abstrakten</p>	
--	--	--

	<p>Kontrollverfahren überprüft wird. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass - wie ebenfalls erwähnt - verschiedene Oberlandesgerichte die sog. kundenfeindlichste Auslegung im Individualprozess bejahen.</p> <p>Was zweitens unangemessene Vertragsinhalte aufgrund von Sondergesetzen oder gesonderten, im BGB enthaltenen Regelungsmaterien, anbelangt, so ist es angezeigt, diese besonderen Regelungen Wort für Wort durchzulesen, da anderenfalls die Gefahr besteht, dass eine Unangemessenheit - ohne dass diese als solche ohne weiteres erkennbar wäre - übersehen wird.</p> <p>Was drittens überraschende Klauseln gem. § 305 c Abs. 1 BGB anbelangt, so ist ein Oberlandesgericht der Auffassung, dass ein Verstoß insoweit im abstrakten Kontrollverfahren geltend gemacht werden kann, der BGH vertritt die gegenteilige Auffassung.</p> <p>Richtig ist: Beide Gerichte haben Recht. Entscheidend ist allerdings der Klageantrag. § 305 c Abs. 1 BGB regelt nämlich keinen Gegenstand des AGB-Rechts (Unangemessenheit oder Angemessenheit), sondern einen wettbewerbsrechtlichen Tatbestand (Irreführung). Unzulässig ist und bleibt es, eine möglicherweise angemessene Klausel an einer Stelle zu verwenden, mit der der Vertragspartner des Verwenders nicht rechnete bzw. nicht zu rechnen brauchte.</p> <p>Folglich kann im abstrakten Kontrollverfahren der Antrag nur lauten, die betreffende Klausel dort zu verwenden, wie sich dies aus der als Anlage zum Klageantrag beigefügten Ablichtung der gegenständlichen AGB ergibt.</p> <p>6. Transparenzgebot</p> <p>Das Transparenzgebot, nunmehr (seit dem 01.01.2002) gesetzlich geregelt (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB), stellt einen weiteren Grund für die mögliche Unangemessenheit von Klauseln dar. So, wie die Rechtsprechung den Inhalt des Transparenzgebots formuliert hatte, werden allerdings Voraussetzungen widerspiegelt, die sich auch in der Definition der Auslegung von AGB wieder finden, vgl. hierzu meine Ausführungen in BB 1993, 1823 ff.</p> <p>Interessant ist, dass aufgrund der Regelung des § 307 Abs. 3 S. 2 BGB das Transparenzgebot</p>	
--	---	--

	<p>nicht nur für allgemeine Rechte und Pflichten, sondern auch für die Preisbestimmung in Verträgen gilt, was einen echten Systembruch darstellt, der allerdings sachlich gerechtfertigt ist.</p> <p>7. Rechtsfolgen</p> <p>§ 306 Abs. 1 und Abs. 2 BGB lauten wie folgt:</p> <p>(1) <i>"Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam."</i></p> <p>(2) <i>"Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften."</i></p> <p>Man meint, es kaum fassen zu können: So gut wie jeder zwischen Unternehmern verwendete Formularvertrag enthält entweder Klauseln, die wort- oder inhaltsgleich mit den soeben zitierten gesetzlichen Bestimmungen sind. Oder aber, es heißt beispielsweise wie folgt:</p> <p><i>"... richtet sich der Vertrag nach dem von den Parteien wirtschaftlich Gewollten".</i></p> <p>Diese zuletzt wiedergegebene Formulierung ist zwar AGB-rechtlich ebenso unwirksam wie unausrottbar.</p> <p>Von erheblicher Bedeutung ist allerdings ein zweiter, kartellrechtlicher Gesichtspunkt. Mit einer Formulierung wie:</p> <p><i>„Sollte eine oder mehrere Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam oder nichtig sein, wird die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt“,</i></p> <p>wird eine bestimmte Beweislast geregelt. Will heißen: beruft sich eine der beiden Vertragsparteien darauf, dass wegen der kartellrechtlichen Teilnichtigkeit einer Regelung der Vertrag als ganzes nichtig ist, trifft den auf die Vertragsnichtigkeit sich Berufenden die Beweislast dafür, dass die Parteien das teilnichtige Geschäft als Ganzes verworfen hätten, wenn Ihnen die betreffende Teilunwirksamkeit vorab bekannt gewesen wäre. Dies hat der Kartellsenat des BGH in seiner Entscheidung zu dem Stichwort „Salvatorische Klausel“ festgestellt.</p>	
--	---	--

	<p>8. Die rechtspolitische Bedeutung des abstrakten Klauselkontrollverfahrens hinsichtlich unternehmensbezogen verwendeter AGB</p> <p>Das abstrakte Kontrollverfahren nach §§ 1, 3 Abs. 1 S. 1 UKlaG stellt mit Abstand die wirkungsvollste Maßnahme zur Bekämpfung von Machtmissbrauch dar. Wer demgegenüber meint, die Angemessenheitskontrolle gem. § 307 BGB bei unternehmensbezogen verwendeten AGB sei europa- und weltweit ein aufzuhebendes Unikum, verstößt gegen den Grundsatz des Jahrtausendphilosophen aus Königsberg, wonach es Erkenntnis außerhalb des Bereichs der Erfahrung nicht gibt.</p> <p>Nimmt man beispielsweise Einkaufsbedingungen, ist nicht an der Tatsache vorbeizureden, dass die dort vorfindliche Abhängigkeit häufig nichts anderes als kartellrechtswidrigen Machtmissbrauch beinhaltet. Nachdem ich einige Jahre intensiv – in einer Weise, für welche nur wenige Arbeitsplätze in Betracht kommen – mit entsprechenden Fragestellungen befasst war, erlaube ich mir dieses Urteil der Gleichsetzung von unternehmensbezogener Klauselunangemessenheit und kartellrechtswidrigem Machtmissbrauch in Teilbereichen. Wie wirkungslos allerdings das Kartellrecht im Fall eines gegenüber Unternehmer des Mittelstandes ausgeübten Machtmissbrauchs ist, soll das nachstehende Beispiel verdeutlichen.</p> <p>Ein zumindest sehr großer Handelskonzern in Deutschland kaufte in den neunziger Jahren des vorigen Jahrtausends eine Einzelhandelskette auf. Hierbei musste der Konzern feststellen, dass ein Teil der Lieferanten teurer, ein anderer Teil preiswerter den Neuzuwachs beliefert hatte. Der sehr große Handelskonzern, auch nicht faul, verlangte von den bislang preiswerter anbietenden Lieferanten Bonuszahlungen für die Vergangenheit. Beinahe alle Lieferanten zahlten, beschwerten sich aber gleichzeitig bei einem einflussreichen, mit Profil agierenden Verband. Dieser wandte sich unter Auflistung der Tatsachen und der etwa 80 Beschwerdeführer an das Bundeskartellamt. Das Amt sortierte etwa 20 Beschwerdeführer aus, wandte sich sodann an den Konzern und gewährte zur Vorbereitung einer Untersagungsverfügung – welche sodann erging - rechtliches Gehör. Der Konzern beantragte im Zuge des gewährten rechtlichen Gehörs Akteneinsicht, erklärte des weiteren den etwa 20 Beschwerdeführern, sie dürften sich fortan an</p>	
--	--	--

	<p>andere Abnehmer wenden. Damit begann für diese Lieferanten in nicht wenigen Fällen ein ins Konzernziel der Insolvenz führender Richtungswechsel.</p> <p>Der Präsident des Bundeskartellamtes intervenierte und drohte, künftig ein unfreundlicher Gesprächspartner zu sein; rechtliche Mittel gegen die Vertragskündigungen – die letztlich zurückgenommen wurden, allerdings allein wegen der öffentlichen Brisanz der Fälle – gab es nicht.</p> <p>Hieraus folgt: das Kartellrecht ist sinn- und wirkungsvoll im Bereich der Fusionskontrolle. Das Kartellrecht mag in Teilbereichen handlungsbeschränkender Vereinbarungen sinn- und wirkungsvoll sein. Das Kartellrecht ist wegen der beschriebenen Folgen zwecklos im Fall des Machtmissbrauchs vorausgesetzt, der Unterlegene trifft den – gemäßregelten – Überlegenen im Markt auch später.</p> <p>Ganz anders ist die Lage bei der Kontrolle unternehmensbezogen verwendeter AGB: dort bestreiten Justiziere mitunter hinter vorgehaltener Hand mitnichten die Unangemessenheit der beanstandeten Klauseln. Deren Fortgeltung allerdings müssten als wirtschaftlich notwendig berücksichtigt werden. Entscheidend allerdings sei: wer unter den Lieferanten ist's, der uns verriet!</p> <p>Da allerdings beißt der Konzern auf Granit. Das Ergebnis: nach verlorenem Prozess (bei unternehmensbezogen verwendeten AGB wird sehr selten eine Unterlassungserklärung abgegeben, weil die wirtschaftliche Vorteile aus der durch den Prozessverlauf bedingten zeitlichen Verzögerung größer ist, als der durch das Unterliegen folgende Kostennachteil) darf der Konzern allen Lieferanten - einschließlich des Verräters an den Wohltaten des Konzerns - erklären, der Vertrag werde in gewissen Punkten zu deren Gunsten geändert. Ich meine: auch nicht schlecht.</p>	
--	--	--