

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. März 1999 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Hübsch, Dr. Beyer, Ball und Dr. Leimert

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 8. Juli 1998 teilweise aufgehoben und unter Abänderung des Urteils der 10. Zivilkammer des Landgerichts Leipzig vom 12. November 1997 insgesamt wie folgt neu gefaßt:

Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, gegenüber Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Zusammenhang mit Kaufverträgen über Waren die folgende oder eine inhaltsgleiche vorformulierte Vertragsbedingung zu verwenden:

- (Zahlung am:) "Restzahlung vor Lieferung".

Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zu 500.000 DM - ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten - oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger 200 DM nebst 4 % Zinsen seit 27. Juni 1997 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

- II. Die weitergehenden Rechtsmittel der Parteien werden zurückgewiesen.

III. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist ein eingetragener Verein mit der satzungsmäßigen Aufgabe, Verbraucherinteressen wahrzunehmen. Die Beklagte betreibt ein Möbelgeschäft mit mehreren Filialen. Bei Abschluß von Kaufverträgen über Möbel und andere Einrichtungsgegenstände verwandte sie in den Jahren 1995 bis 1997 ein Formular, das mit "Auftragsbestätigung und Rechnung" überschrieben war. Bei ca. 15 % aller Vertragsabschlüsse haben Mitarbeiter der Beklagten unter der Rubrik "Zahlung am: ..." neben dem Zahlungsbetrag handschriftlich die Ergänzung "Restzahlung vor Lieferung" oder eine andere inhaltsgleiche Formulierung eingetragen.

Nach erfolgter Abmahnung im Jahr 1997 nimmt der Kläger die Beklagte auf Unterlassung der Verwendung dieser Formulierung im nichtkaufmännischen Rechtsverkehr und auf Zahlung von Abmahnkosten in Anspruch.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, bei den beanstandeten Formulierungen handele es sich nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Auf die Berufung hat das Oberlandesgericht der Klage, wie beantragt, stattgegeben.

Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat im wesentlichen ausgeführt:

Bei den beanstandeten Formulierungen handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 1 Abs. 1 AGBG. Sie seien, auch wenn nicht formularmäßig vorgegeben, vorformuliert und vom Verwender gestellt, da sie zum Zweck künftiger Verwendung im Gedächtnis des Anwenders oder seiner Abschlußgehilfen "gespeichert" seien, um bei künftigen Vertragsschlüssen vom Verwender oder seinen Mitarbeitern planmäßig in den schriftlichen Vertragstext aufgenommen zu werden. Dies sei deswegen der Fall, weil die Klausel nach dem eigenen Vortrag der Beklagten in 15 % aller Kaufverträge enthalten gewesen sei. Eine Anweisung der Beklagten an ihre Abschlußgehilfen, die Klausel in alle Verträge oder auch nur in eine Mehrzahl von Verträgen einzubeziehen, sei nicht erforderlich. Die beanstandete Vorleistungsklausel benachteilige die Kunden der Beklagten unangemessen.

II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung in den entscheidenden Punkten stand.

1. Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die in der Rubrik "Zahlung am: ..." neben dem Zahlungsbetrag vorgenommene handschriftliche Eintragung "Restzahlung vor Lieferung" oder eine andere inhaltsgleiche Formulierung eine Vertragsbedingung ist, die als selbständige Regelung eine Allgemeine Geschäftsbedingung darstellt.



a) Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, daß auch nicht schriftlich niedergelegte Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG sein können, wenn sie zu diesem Zweck "im Kopf" des AGB-Verwenders oder seiner Abschlußgehilfen "gespeichert" sind.

aa) Zwar enthält das Vertragsformular im vorliegenden Fall keine konkret vorformulierten Vorschläge für die Modalitäten der Kaufpreiszahlung, so daß durch dessen Gestaltung dem Kunden nicht nur rein formell, sondern tatsächlich und unbeeinflußt durch Vorformulierungen die freie Wahl gelassen wird. Die Leerstelle im vorgedruckten Text überläßt es dem Kunden, das Datum bzw. den Zeitpunkt und gegebenenfalls den jeweiligen Zahlungsbetrag zu wählen, der seiner eigenen Entscheidung zugrunde liegt, so daß der Verwender des Formulars insoweit nicht einseitig von seiner Gestaltungsmacht Gebrauch gemacht hat (BGH, Urteil vom 13. November 1997 - X ZR 135/95 = WM 1998, 562 unter II 2 b). Nach Art und Umfang der Einfügung kann allerdings trotzdem der Schluß auf ihren vorformulierten Charakter naheliegen. Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen nicht aus schriftlich vorformulierten Texten bestehen, sondern können auch dann vorliegen, wenn sonstige ausgearbeitete oder übernommene Klauseln (§ 24 a Nr. 1 AGBG) aus dem Gedächtnis in den Vertrag üblicherweise oder gegenüber einer Mehrzahl von Kunden eingefügt werden (vgl. BGH, Urteile vom 30. September 1987 - IV a ZR 6/86 = NJW 1988, 410 unter I 1; BGHZ 115, 391, 394; vom 7. Februar 1996 - IV ZR 16/95 = NJW 1996, 1676 unter II 2; vom 13. November 1997 aaO unter II 3).

bb) Dabei kommt es, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht darauf an, ob die Absicht des Verwenders, die handschriftlichen Ergänzungen in *allen* Verträgen zu verwenden, besteht und/oder ob eine gene-

relle Anweisung an seine Abschlußgehilfen, dies zu tun, erteilt wurde. Da der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen trotz der Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AGBG keine Schriftform erfordert (BGH, Urteil vom 30. September 1987 aaO), ist kein Grund ersichtlich, weshalb für dieses Merkmal ein anderes - ausnahmslose Verwendung oder generelle Anweisung - verlangt werden sollte. Entscheidend ist, ob es sich um "für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen" im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG handelt (Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 36). Denn im Hinblick auf den Schutzzweck des AGB-Gesetzes macht es keinen Unterschied, ob die Vertragsbedingungen in schriftlicher Form vorbereitet bzw. übernommen werden oder ob sie zum Zwecke künftiger wiederholter Einbeziehung in den Vertragstext "im Kopf gespeichert" sind (BGH, Urteil vom 30. September 1987 aaO; Urteil vom 25. Juni 1992 – VII ZR 128/91 = NJW 1992, 2759 unter II 1). Aus den von der Revision herangezogenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes (Urteile vom 30. September 1987 aaO; vom 7. Februar 1996 aaO unter II 2; vom 13. November 1997 aaO II 2) ergibt sich nichts Gegenteiliges. Dem Urteil vom 30. September 1987 (aaO) kann nicht entnommen werden, daß die Absicht der Verwendung in allen Verträgen oder eine generelle Anweisung unabdingbare Voraussetzung für den vorformulierten Charakter einer handschriftlichen Einfügung sind. Maßgebend ist der Schutzzweck des AGB-Gesetzes. Für das Urteil vom 30. September 1987 war die Frage zum einen nicht entscheidungserheblich, zum anderen ist die Formulierung "daß Allgemeine Geschäftsbedingungen auch dann vorliegen können ..." nicht im Sinne eines Umkehrschlusses dahingehend zu verstehen, daß im Gedächtnis gespeicherte Formulierungen nur dann als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren sind, wenn diese Absicht oder eine generelle Anweisung des Verwenders besteht. Letzteres ergibt sich gerade auch aus der

Entscheidung vom 13. November 1997 (aaO unter II 3), wenn dort ausgeführt wird, daß der Schluß auf den vorformulierten Charakter handschriftlicher Ergänzungen namentlich dann naheliegen könne, wenn die Beklagte das Formular üblicherweise oder gegenüber einer Mehrzahl von Kunden in gleicher Weise ausfülle oder ausfüllen lasse (vgl. Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 3. Aufl., § 1 Rdnr. 61; Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, aaO, § 1 Rdnr. 61; Staudinger/Schlosser, BGB, 13. Bearb., § 1 AGBG Rdnr. 41; MünchKomm/Kötz, BGB, 3. Aufl., § 1 AGBG Rdnr. 5). Denn das Verhalten ihrer Vertreter und Abschlußgehilfen und der Umstand, daß diese die Absicht der mehrfachen Verwendung der Klausel gehabt haben, ist der Beklagten auch dann zuzurechnen, wenn keine generelle Anweisung besteht, die vorformulierte Vertragsbedingung zu verwenden (BGHZ 88, 368, 370).

b) Wenn 15 % aller im fraglichen Zeitraum von der Beklagten abgeschlossenen Verträge die beanstandete oder eine inhaltsgleiche handschriftlich eingetragene Formulierung aufweisen und das Berufungsgericht deshalb zu der Wertung kommt, daß diese Formulierungen zum Zwecke künftiger wiederholter Einbeziehung in den Vertragstext "im Kopf gespeichert" seien, ist das eine naheliegende, jedenfalls aus Rechtsgründen nicht angreifbare tatrichterliche Würdigung. Daß wesentliches Parteivorbringen nicht berücksichtigt wurde, zeigt die Revision nicht auf.

c) Im Ergebnis zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die Beklagte die vorformulierten Vertragsbedingungen als Verwenderin gestellt hat und daß dies im Verbandsverfahren zu berücksichtigen ist. Zwar ist im Unterlassungsverfahren, wie die Revision zu Recht rügt, für die Feststellung der konkreten Umstände, welche die Vertragspartner des Verwenders im Einzelfall veranlaßt haben, den Vertrag mit der Vereinbarung der Vorleistungsver-

pflichtung zu schließen, kein Raum (BGH, Urteil vom 7. Februar 1996 aaO unter II). Dies hat das Oberlandesgericht nicht ausreichend bedacht. Indes ist bei Verbrauchergeschäften das Ergebnis der Prüfung, ob die beanstandete handschriftlich eingefügte Formulierung deswegen eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG ist, weil sie vom Verwender gestellt wurde, durch § 24 a Nr. 1 AGBG vorgegeben. Ein Teil der Verträge, welche die beanstandete Formulierung enthalten, wurde nach dem Inkrafttreten des § 24 a AGBG (24. Juli 1996) abgeschlossen.

aa) Soweit die Revision geltend macht, § 24 a Nr. 1 AGBG finde keine Anwendung, weil dieser tatbestandlich bereits das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen voraussetze und die Inhaltskontrolle lediglich auf sogenannte Drittbedingungen erstrecke, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Vorschrift des § 24 a Nr. 1 AGBG regelt nicht nur die Einführung von sogenannten Drittbedingungen in den Vertrag, also von Vertragsbedingungen, die von einer neutralen Person für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind. Zwar mag es richtig sein, daß der Gesetzgeber bei Schaffung der Vorschrift in erster Linie an "Drittklauseln" gedacht hat; aus dem weit gefaßten Wortlaut ergibt sich dies jedoch nicht, vielmehr werden grundsätzlich alle in einem Verbrauchervertrag für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen dem Unternehmer als von ihm gestellt zugerechnet (so zutreffend: Staudinger/Schlosser, aaO, § 24 a Rdnr. 37; Wille, VersR 1995, 1404, 1416; vgl. auch Heinrichs, NJW 1996, 2190, 2192).

bb) Damit ist der Umstand, welcher die Verbraucher veranlaßt hat, Verträge mit einer entsprechenden handschriftlich vorformulierten Einfügung abzuschließen, obwohl das Antragsformular eine solche nicht enthält, durch die in § 24 a Nr. 1 AGBG geregelte Fiktion, daß die Allgemeinen Geschäftsbedin-

gungen als vom Unternehmer gestellt *gelten*, gesetzlich vorgegeben. Es wird generell und abstrakt fingiert, daß der Unternehmer die für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung gestellt und damit von seiner Gestaltungsmacht Gebrauch gemacht hat. Es ist keine Frage der konkreten Fallgestaltung mehr, die bei der vom Einzelfall losgelösten abstrakten Wirksamkeitsprüfung außer Betracht zu bleiben hat (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 1996 aaO unter II 2). Deshalb unterliegt auch eine vom Verbraucher inhaltlich frei gewählte - aber vom Verwender gebrauchte - vorformulierte Vertragsbedingung der Kontrolle im Verfahren nach § 13 AGBG (Wille, VersR 1995, 1404, 1416; Staudinger/Schlosser aaO § 24 a Rdnr. 37; Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, aaO, § 24 a Rdnr. 38).

cc) Dagegen bleiben, wie die Revision zutreffend ausführt, die weiteren Umstände, welche den Verbraucher im Einzelfall veranlaßt haben können, einen solchen Vertrag abzuschließen, Fragen der konkreten Fallgestaltung. Diese sind, da kein Bestandteil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, bei der vom Einzelfall losgelösten Wirksamkeitsprüfung im Verbandsverfahren nicht zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteile vom 3. Dezember 1991 - XI ZR 77/91 = NJW 1992, 503 unter II 2 a; vom 7. Februar 1996 aaO unter II; vom 9. Februar 1997 - XI ZR 149/96 = NJW 1997, 1068 unter II 2). Eine konkret-individuelle Bewertung kann auch gemäß § 24 a Nr. 3 AGBG nur im Individualprozeß stattfinden (vgl. den Vorbehalt in Art. 4 Abs. 1, 7 Richtlinie 93/13/EWG sowie Staudinger/Schlosser, aaO, § 24 a Rdnr. 54; Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, aaO, § 13 Rdnr. 68 ff; Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, aaO, Art. 7 RiLi Rdnr. 3, 7).

2. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Vorleistungsklausel "Restzahlung vor Lieferung" an § 9 AGBG gemessen und für unwirksam erachtet, da sie

den Vertragspartner der Beklagten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteilige. Durch die angegriffene Formulierung wird der Kunde zur Vorleistung verpflichtet; er muß, entgegen der gesetzlichen Regelung der §§ 320, 322 BGB, jeweils vor Aushändigung der Ware leisten. Wird durch Allgemeine Geschäftsbedingungen eine Vorleistungsverpflichtung des Kunden begründet, so scheidet zwar die Anwendung sowohl des § 11 Nr. 2 a AGBG als auch - was bei mehrfachen Lieferungen denkbar ist - diejenige des § 11 Nr. 2 b AGBG aus (BGH, Urteil vom 8. Juli 1998 - VIII ZR 1/98 = WM 1998, 1887 unter II 2 b m.w.Nachw.). Die Vereinbarung einer Vorleistungsverpflichtung für die Restzahlung des vereinbarten Entgelts ist aber mit wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes nicht zu vereinbaren (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB). Bei den von der Beklagten abgeschlossenen Kaufverträgen handelt es sich um gegenseitige Verträge, bei denen die beiderseitigen Leistungspflichten synallagmatisch verknüpft sind (vgl. BGHZ 96, 103, 109). Die Einrede des § 320 BGB sichert den Erfüllungsanspruch des Käufers und übt auf den Verkäufer Druck aus, damit dieser seine Verpflichtung alsbald erfüllt (vgl. nur: BGH, Urteil vom 8. Juli 1982 - VII ZR 96/81 = NJW 1982, 2494 unter I 1). Deshalb ist eine Vorleistungsverpflichtung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur dann wirksam, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, der auch bei der Abwägung mit den hierdurch für den Käufer entstehenden Nachteilen Bestand hat (statt aller: BGH, Urteil vom 23. Juli 1984 - VIII ZR 27/83 = NJW 1985, 850 unter III 2 a bb). Ein solcher ist - wie das Oberlandesgericht zutreffend feststellt - nicht ersichtlich. Die von der Revision aufgezeigten Gesichtspunkte führen zu keinem anderen Ergebnis. Soweit diese darauf abstellt, daß der Käufer, wenn er bei Lieferung zu zahlen habe, große Bargeldbeträge zur Hand haben müsse, und damit eine Barzahlungsabrede als Vergleich heranzieht, verkennt sie zum einen, daß eine solche bereits wegen Verstoßes gegen

§ 11 Nr. 3 AGBG unwirksam wäre (BGH, Urteil vom 8. Juli 1998 aaO unter II 2). Zum anderen übersieht sie, daß auch eine Zahlungsverpflichtung bei Lieferung dann eine Vorleistung enthält, wenn dem Käufer nicht die Möglichkeit gegeben wird, die Ware vorher zu untersuchen (BGH, Urteil vom 8. Juli 1998 unter II 2 a). Der Umstand, daß das mit der Auslieferung betraute Personal zur Entgegennahme des Geldbetrags oder eines Schecks ermächtigt werden muß, wiegt allein schon deswegen nicht schwer, weil diesem auch die Ware bis zu ihrer Ablieferung anvertraut ist. Darüber hinaus handelt es sich entgegen der Annahme der Revision nicht um eine Lieferung im Rahmen des Versandhandels, sondern um die Abwicklung eines Kaufvertrags mit Lieferverpflichtung, so daß die Vermutung nahe liegt, daß es sich bei dem Lieferpersonal um eigene Leute der Beklagten handelt. Daß die Ware unter Umständen deswegen nicht ausgeliefert werden kann, weil der Kunde die Zahlung des Restkaufpreises - aus welchen Gründen auch immer - verweigert, ist das Risiko des Unternehmers, der die Ware behält. Bei berechtigter Weigerung dient dies dem Schutz des Verbrauchers.

III. Die Beklagte ist somit, soweit es Verbrauchergeschäfte betrifft, zur Unterlassung verpflichtet. Bezüglich der Geschäfte, die nicht Verbraucherverträge sind, hat das angefochtene Urteil jedoch keinen Bestand (§ 564 Abs. 1 ZPO). Insoweit war die Klage abzuweisen und das angefochtene Urteil neu zu fassen.

Dr. Deppert

Dr. Hübsch

Dr. Beyer

Ball

Dr. Leimert