

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

48

AGBG § 13; ZPO § 282 (Beweislast)

Bei der Unterlassungsklage trifft den klagenden Verband die Darlegungs- und Beweislast für die Tatbestandsmerkmale des Verwendens oder Empfehlens Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

ZPO §§ 549, 562; AGBG § 13

- a) Auch wenn die Auslegung ausländischer Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch den Tatrichter der Nachprüfung durch das Revisionsgericht grundsätzlich entzogen ist, sind der revisionsrechtlichen Prüfung, ob es sich um ausländische oder inländische Geschäftsbedingungen handelt, keine Schranken gezogen.
- b) Gelangt das Revisionsgericht im Rahmen der Prüfung, ob es sich bei dem beanstandeten Vertragsformular um ausländische oder inländische Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, zu einer bestimmten Auslegung der vertraglichen Erklärungen, so ist dieses Auslegungsergebnis auch für die Beurteilung der Verwendereigenschaft des Beklagten des Unterlassungsverfahrens zugrunde zu legen.

AGBG § 13

- a) Das Tatbestandsmerkmal des Empfehlens Allgemeiner Geschäftsbedingungen setzt voraus, daß der Beklagte des Unterlassungsverfahrens die beanstandeten Klauseln zumindest mehr als nur einem potentiellen Verwender zur Verwendung im rechtsgeschäftlichen Verkehr anempfohlen hat.
- b) Verwender im Sinne des § 13 Abs. 1 AGBG ist grundsätzlich nur derjenige, der Partei des unter Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschlossenen oder zu schließenden Vertrages ist oder werden soll. Wer sich, ohne Vertragspartei zu sein oder sich an der Verwendungshandlung beteiligt zu haben, lediglich bei der Abwicklung des Geschäfts auf den Inhalt des Formularvertrages beruft, kann nicht auf Unterlassung der Verwendung in Anspruch genommen werden. Auch ein wirtschaftliches Eigeninteresse an der Verwendung der Geschäftsbedingungen oder eine wirtschaftliche Verbindung mit dem Vertragspartner des Kunden reicht hierfür allein nicht aus.

BGH, Urt. v. 19. September 1990 - VIII ZR 239/89 - OLG Frankfurt
am Main

LG Frankfurt
am Main

BUNDESGERICHTSHOF

48

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 239/89

URTEIL

Verkündet am:
19. September 1990
Hochstein
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma M [REDACTED] Wollwarenfabrik und Handelsgesellschaft mbH,
vertreten durch die Geschäftsführer Martha und Gerhard B [REDACTED]
W [REDACTED]straße [REDACTED], P [REDACTED] (W [REDACTED]),

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Klaas -

gegen

Verein zum Schutz der Verbraucher gegen unlauteren Wettbewerb e.V. (Verbraucherschutzverein), vertreten durch den
Vorstand Dr. Thea Brünner, Lützowplatz 11-13, Berlin 30,

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

48
- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 19. September 1990
durch die Richter Dr. Skibbe, Dr. Brunotte, Dr. Zülch,
Dr. Paulusch und Dr. Beyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten werden
die Urteile der 13. Zivilkammer des
Landgerichts Frankfurt am Main vom
9. Februar 1988 und des 6. Zivilse-
nats des Oberlandesgerichts Frankfurt
am Main vom 1. Juni 1989 geändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechts-
streits.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Der Kläger ist ein rechtsfähiger Verein, der nach seiner Satzung Verbraucherinteressen wahrnimmt. Die Beklagte betreibt eine Wollwarenfabrik, die u.a. Decken und Bettzüge herstellt. Ihre Produkte werden in weiten Teilen Westeuropas verkauft, so auch an deutsche Touristen auf Urlaubsreise im Ausland. Auf Mallorca (Spanien) bietet eine Firma Q[REDACTED] S.A., eine Gesellschaft spanischen Rechts, deutschen Urlaubern die Produkte der Beklagten im Zuge der Durchführung von Verkaufsveranstaltungen an, zu denen auf Werbehändzetteln in deutscher Sprache eingeladen wird. Entschließt sich ein Interessent zum Kauf, so wird ein in deutscher Sprache abgefaßtes Formular des folgenden Inhalts verwendet: Es ist mit "Kaufvertrags-Nr." überschrieben und führt im Kopf links unter der Zeile "Produkte der Fa." Namen und Anschrift der Beklagten an, während es im Kopf rechts unter der Bezeichnung "Verkaufsfirma" heißt: "Q[REDACTED] S.A. A[REDACTED] 1[REDACTED] Palma de Mallorca". Der "Käufer", dessen Personalien einzutragen sind, "erwirbt" - so fährt der vorgedruckte Text fort - "hiermit bei der Verkaufsfirma aufgrund der Geschäftsbedingungen per Post porto- und verpackungsfrei ..." (es folgt die anzugebende Artikel-Bezeichnung). Anschließend heißt es in dem Formular weiter:

"Lieferung erfolgt durch die ... (Beklagte). Sie erhalten Auftragsbestätigung und Rechnung mit Kundennummer zugesandt.

Zahlungen haben ausschließlich an die Firma ... (Beklagte) zu erfolgen. Bitte warten Sie den Erhalt der Auftragsbestätigung ab. Bei mangelhafter Lieferung besteht nur ein Recht zum Umtausch. Bei erfolglosem Umtauschversuch gilt die gesetzliche Regelung. Auf diesen

Vertrag ist das Recht des Landes anzuwenden, in dem der Vertrag geschlossen wurde. Der Kundenberater ist nicht bevollmächtigt, zusätzlich zu den schriftlichen Vereinbarungen mündliche Abreden zu treffen, oder Zahlungen entgegenzunehmen."

Am unteren Ende des Formulars sind Zeilen für die "Unterschrift des Kunden" und die "Unterschrift des Kundenberaters bzw. Verkaufsfirma" freigelassen. Nach entsprechender Unterschriftsleistung schickt die im weiteren Verlauf eingeschaltete Beklagte den Kunden eine "Lieferbestätigung", in der auf "Ihren Kaufvertrag mit der Firma: Q -S ..." Bezug genommen wird und in deren vorgedrucktem Text es unter anderem heißt:

"Die obige Verkaufsfirma hat uns mit der Versendung der von Ihnen bestellten Artikel beauftragt und die Kaufpreisforderung an uns abgetreten - Zahlungen sind damit ausschließlich an uns zu leisten"

In dem zu den Gerichtsakten eingereichten Exemplar einer solchen Lieferbestätigung ist maschinenschriftlich eingefügt: "Die Lieferung erfolgt per Nachnahme". Wenn sich ein Käufer unter Hinweis auf die deutschen Gesetze von dem Vertrag zu lösen versucht, so antwortet die Beklagte ihm, daß ein gesetzliches Recht zur Auflösung des Vertrages nicht bestehe, "da es sich um einen Kaufvertrag mit einer ausländischen Firma handelt, so daß die deutsche Rechtsprechung nicht anwendbar" sei.

Nach erfolgloser Abmahnung verlangt der Kläger mit der Klage von der Beklagten, die Verwendung der nachfolgenden Klauseln im Rechtsverkehr mit Nichtkaufleuten, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Gebiet der Bundesrepublik

Deutschland haben, und die Berufung auf diese Klauseln bei der Abwicklung von Verträgen zu unterlassen:

1. Auf diesen Vertrag ist das Recht des Landes anzuwenden, in dem der Vertrag geschlossen wurde.
2. Bei mangelhafter Lieferung besteht nur ein Recht zum Umtausch. Bei erfolglosem Umtauschversuch gilt die gesetzliche Regelung.

Der Kläger ist der Auffassung, daß das deutsche AGB-Gesetz anwendbar sei, die Beklagte als Verwender der von der Firma Q. [REDACTED] benutzten Formulare angesehen werden müsse und die beanstandeten Klauseln gegen die §§ 9, 11 Nr. 10 b AGBG verstießen. Die Beklagte macht geltend, nicht sie, sondern das ausländische Unternehmen, das als selbständiger Wiederverkäufer die von ihr bezogene Ware weiterveräußere und die Formulare selbst entworfen habe, sei Verwender der umstrittenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen; im übrigen seien die Klauseln nach dem anzuwendenden spanischen Recht nicht zu beanstanden.

Das Landgericht, dessen Urteil in VuR 1989, 162 abgedruckt ist, hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht mit seinem in NJW-RR 1989, 1018 = WRP 1990, 180 = RIW 1989, 646 veröffentlichten Urteil (m.Anm. Huff EWiR Art. 27 EGBGB 1/89, 995; vgl. auch Kohte EuZW 1990, 150, 152) zurückgewiesen. Mit ihrer - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Das deutsche AGB-Gesetz finde Anwendung. Bei dem Formular handele es sich um das Angebot des Kunden auf Abschluß eines Kaufvertrages mit der Beklagten. Denn seine Auslegung ergebe, daß der Vertrag erst mit der Auftragsbestätigung durch die Beklagte zustande komme. Dies entspreche dem üblichen Wortsinn des Begriffs der Auftragsbestätigung. Damit stimme auch überein, daß die Warenlieferung durch die Beklagte und Zahlungen ausschließlich an sie zu erfolgen hätten, während die spanische Firma irgendwelche Leistungspflichten nicht träfen und Ansprüche ihr nicht zustünden. Die spätere "Lieferbestätigung" der Beklagten sei bei der Auslegung des beanstandeten Formulars nicht zu berücksichtigen.

Die Auslegung nach deutschem Schuldrecht beruhe darauf, daß sich - trotz Vereinbarung spanischen Rechts als Vertragsstatut - der Vertragsschluß und seine Wirksamkeit gemäß Art. 31 Abs. 2 EGBGB nach dem Heimatrecht des Kunden beurteilten. Das Ergebnis sei aber auch nach spanischem Recht kein anderes, weil das allgemeine spanische Vertragsrecht insoweit keine wesentlichen Unterschiede zum deutschen Recht aufweise.

Der unter Verwendung des Formulars zustande gekommene Vertrag unterliege den Vorschriften des AGB-Gesetzes als des zwingenden Heimatrechts des Kunden kraft der Sonderanknüpfung in Art. 27 Abs. 3 EGBGB auch dann, wenn spanisches Recht als Vertragsstatut wirksam vereinbart sei. Denn im

Zeitpunkt des Vertragsabschlusses durch die Annahmeerklärung der Beklagten sei keinerlei Auslandsberührung mehr gegeben, sondern es liege ein reines Inlandsgeschäft vor. Jedenfalls greife Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB ein, weil die Antragsannahme als "Entgegennahme der Bestellung" im Sinne dieser Vorschrift zu werten sei.

Nach dem AGB-Gesetz sei der Beklagten die Verwendung der strittigen Klauseln zu untersagen. Sie sei Verwender der in dem Formular niedergelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, weil die für sie im Ausland tätigen Akquisiteure das Formular zur Abfassung des Kundenangebots benutzten. Die Gewährleistungsklausel verstoße gegen § 11 Nr. 10 b AGBG. Die Rechtswahlklausel sei nach § 9 AGBG unwirksam, weil sie in dem Kunden den falschen Anschein erwecke, auf das Vertragsverhältnis sei ausländisches Recht anzuwenden, ihre Formulierung aber zugleich die Auslegung erlaube, daß deutsches Recht vereinbart sei.

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung bereits im Ausgangspunkt nicht stand. Die ausdrücklich und allein auf § 13 AGBG und entsprechenden Tatsachenvortrag gestützte Unterlassungsklage ist selbst dann unbegründet, wenn zugunsten des Klägers von der Anwendbarkeit des deutschen AGB-Gesetzes ausgegangen wird. Auf die in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum umstrittene Frage, ob auf Verträge der dargestellten Art nach den Art. 27 ff EGBGB ausländisches oder deutsches Recht Anwendung findet (vgl. dazu z.B. OLG Hamm NJW-RR 1989, 496 und Taupitz BB 1990, 642 einerseits, LG Hamburg NJW-RR 1990, 495 und Reich VuR 1989,

158 andererseits), kommt es nicht an. Denn der geltend gemachte Unterlassungsanspruch setzt jedenfalls voraus, daß die Beklagte die beanstandeten Bestimmungen verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt (§ 13 Abs. 1 AGBG). Hieran fehlt es.

1. Hinreichende tatsächliche Umstände, die das Merkmal der "Empfehlung" auszufüllen vermögen, hat der hierfür darlegungs- und beweispflichtige Kläger (vgl. Baumgärtel/Hohmann, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 3, § 13 AGBG Rdnr. 3) nicht vorgetragen. Er hat zwar behauptet, daß die Beklagte das Vertragsformular in Absprache mit der spanischen Firma "eingerichtet" habe. Daraus folgt aber noch nicht, daß die Beklagte die fraglichen Klauseln zumindest mehr als nur einem potentiellen Verwender (dazu z.B. Lindacher in: Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 43; Löwe in: Löwe/von Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGB-Gesetz, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 6) zur Verwendung im rechtsgeschäftlichen Verkehr anempfohlen hat. Darüber hinaus hat die Beklagte eine eigene Einflußnahme auf die Gestaltung der Formulare bestritten, ohne daß der Kläger das Gegenteil unter Beweis gestellt hat.

2. Die Verwendereigenschaft der Beklagten ist entgegen der Auffassung der Vorinstanzen ebenfalls zu verneinen.

a) Das Berufungsgericht hätte zwar recht, wenn die Beklagte Vertragspartei (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG) der mit den Käufern geschlossenen oder zu schließenden Formularverträge geworden ist oder werden sollte. Dem ist aber nicht so, und

zwar gleichviel, ob die Auslegung des Formulars nach deutschem oder spanischem Recht, die sich insoweit nach der im Revisionsrechtszug nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts nicht unterscheiden, zu erfolgen hat. Daher kann dahingestellt bleiben, welches Recht bei der Auslegung anzuwenden ist (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 1952 - II ZR 133/51 = LM ZPO § 549 Nr. 6 unter 1).

aa) An der eigenen Auslegung ist der erkennende Senat nicht durch die §§ 549, 562 ZPO gehindert. Zwar ist die Auslegung ausländischer Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch den Tatrichter nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Nachprüfung durch das Revisionsgericht grundsätzlich entzogen (BGHZ 49, 356, 362 f; 104, 178, 181; BGH, Urteile vom 3. Februar 1966 - II ZR 19/64 = WM 1966, 450; vom 23. Februar 1967 - II ZR 42 u. 43/65 = VersR 1967, 449 unter III; vom 21. Januar 1971 - II ZR 147/68 = WM 1971, 527 unter II 2; vom 14. Januar 1986 - X ZR 54/84 = WM 1986, 461 unter II 3 und vom 11. Juni 1986 - VIII ZR 153/85 = WM 1986, 1115 unter II 2 b bb). Dagegen sind der revisionsrechtlichen Prüfung, ob es sich um ausländische oder aber um inländische Geschäftsbedingungen handelt, keine Schranken gezogen (ebenso für den Charakter einer Vereinbarung als bürgerlich-rechtlicher Vertrag oder zwischenstaatliches Verwaltungsabkommen BGHZ 32, 76, 84 f). Das kann auch dann nicht anders sein, wenn diese Frage davon abhängt, wer Vertragspartei und damit Verwender des Formulars ist, und nur aufgrund einer Auslegung des Formularinhalts beantwortet werden kann. Denn allein die Möglichkeit, daß ausländische Geschäftsbedingungen vorliegen, versperrt dem Revisionsgericht noch nicht die eigene Auslegung.

Die Nachprüfung durch das Revisionsgericht beschränkt sich auch nicht darauf, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln, Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet hat. Der inländische Anwendungsbereich des zu beurteilenden Formularvertrages reicht nämlich entsprechend den unterschiedlichen Wohnorten der Kunden über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus (vgl. z.B. die ein inhaltsgleiches Formular betreffende Entscheidung OLG Stuttgart VuR 1990, 221, 222, 224 f = NJW-RR 1990, 1081), so daß ein Bedürfnis nach einheitlicher Auslegung besteht (BGH, Urteil vom 10. November 1976 - VIII ZR 84/75 = WM 1977, 112 unter 1 a; BGHZ 105, 24, 27 m.Nachw.).

bb) Die Auslegung des Formulars ergibt, daß mit seiner Unterzeichnung ein Vertragsschluß zwischen dem Kunden als Käufer und der spanischen Firma Q[REDACTED] S.A. als Verkäuferin zustande gebracht werden soll.

α) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts (ihm zustimmend OLG Stuttgart aaO) kann keine Rede davon sein, daß das Formular dem Käufer lediglich als (sein) Vertragsangebot erscheinen muß oder auch nur kann. Damit ist unvereinbar, daß das Schriftstück, das Eintragungen über alle notwendigen Einzelheiten einer kaufvertraglichen Vereinbarung vorsieht, mit "Kaufvertrags-Nr." überschrieben ist, im Text von dem "Vertrag" und den "schriftlichen Vereinbarungen" spricht und von beiden Seiten unterzeichnet werden soll. Auch der Kläger ist zunächst von einem Vertragsschluß in Spanien ausgegangen, wie auch das Berufungsgericht selbst in anderem Zusammenhang den Inhalt des Formulars für geeignet

hält, im Kunden den Eindruck zu erwecken, der Ort des Vertragsschlusses sei Mallorca.

Aus dem Hinweis auf eine noch folgende "Auftragsbestätigung", über deren Absender das Formular im übrigen ausdrücklich nichts besagt, folgt nichts anderes. Daß im Rechtsverkehr auch bereits getroffene - selbst schriftliche - Vereinbarungen nochmals "bestätigt" werden, ist nichts Besonderes. Einen "üblichen Wortsinn" des Begriffs der Auftragsbestätigung, den das Berufungsgericht für seine Auslegung als Annahme eines Vertragsangebots in Anspruch nehmen will, gibt es nicht. Entscheidend ist nicht die Bezeichnung (BGHZ 54, 236, 239; BGH, Urteil vom 12. Februar 1968 - VIII ZR 84/66 = WM 1968, 400 unter I 2 und vom 7. Oktober 1971 - VII ZR 177/69 = WM 1972, 41 unter I 2 a), vielmehr zeigt die Praxis, daß im Rechtsverkehr - selbst im Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten - der Ausdruck "Auftragsbestätigung" ständig auch dort verwendet wird, wo ein Vertragsschluß bereits vorausgegangen ist. Daß der Kunde den Erhalt der Auftragsbestätigung "abwarten" soll, steht ersichtlich mit den im vorangegangenen Satz erwähnten "Zahlungen" des Kunden in Zusammenhang und besagt für die Frage des Vertragsschlusses nichts.

Aus dem Hinweis der Revisionserwiderung auf die zu den Akten gereichte "Lieferbestätigung" der Beklagten, die - anders als das auf Mallorca verwendete Formular - den Satz "Die Lieferung erfolgt per Nachnahme" enthält, folgt nichts anderes. Dem kann nicht entnommen werden, die Beklagte wolle ein ihr von dem Kunden erst gemachtes Angebot "modifiziert"

annehmen (§ 150 Abs. 2 BGB). Der Berücksichtigung des Inhalts der Lieferbestätigung steht bereits entgegen, daß Merkmale der konkreten Fallgestaltung, die nicht Bestandteil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind, bei der vom Einzelfall losgelösten abstrakten Wirksamkeitsprüfung im Unterlassungsverfahren außer Betracht bleiben müssen (BGH, Urteil vom 27. Januar 1983 - I ZR 76/81 = WM 1983, 595 unter III 3). Der Einwand der Revisionserwiderung ist im übrigen auch nicht schlüssig, jedenfalls aber hat er neuen und im Revisionsrechtszug nicht zu berücksichtigenden Sachvortrag zum Inhalt (§ 561 Abs. 1 ZPO). Denn der genannte Satz findet sich nicht im vorgedruckten Teil der Lieferbestätigung, sondern ist maschinenschriftlich eingefügt. Es ist daher anzunehmen, daß er nur dann verwendet wird, wenn schon bei den Vertragsverhandlungen auf Mallorca die im Vertragsformular enthaltene Klausel "Lieferung erfolgt auf Rechnung" durch die individuelle Abrede "per Nachnahme" ersetzt worden ist, wie dies auch bei dem in der mündlichen Verhandlung vom 1. Dezember 1987 überreichten Kaufvertragsexemplar vom 23. Juli 1987 der Fall ist. Der Kläger hat in den Tatsacheninstanzen nicht behauptet, daß die Beklagte den maschinenschriftlichen Zusatz auch dann in ihre Lieferbestätigungen einfügt, wenn er mit dem Ergebnis der auf Mallorca geführten Vertragsverhandlungen in Widerspruch steht.

ß) Feststellungen zu der von dem Kläger behaupteten und von der Beklagten bestrittenen Stellung der spanischen Firma als Vertreterin der Beklagten hat das Berufungsgericht nicht getroffen. An einem Beweisangebot des auch für die Verwendereigenschaft der anderen Seite beweispflichtigen Klägers

(z.B. Baumgärtel/Hohmann aaO; Wolf aaO § 1 Rdnr. 62) fehlt es. Dem Vertragsformular ist ebenfalls nicht zu entnehmen, daß die Q. [REDACTED] S.A. als Vertreterin der Beklagten auftritt und den Vertrag in deren Namen abschließt. Dagegen spricht, daß der Name der Beklagten nur als der der Herstellerfirma angegeben ist und dieser Angabe gerade die Bezeichnung der spanischen Firma als "Verkaufsfirma" gegenübergestellt wird, für die der Vertrag auch zu unterschreiben ist. Dem Kläger kann nicht eingeräumt werden, daß dem Kunden der Ausdruck "Verkaufsfirma" nicht geläufig sei. Bei natürlichem Verständnis ist mit ihm die "Firma, die verkauft", gemeint, mithin die Verkäuferin. In dieselbe Richtung weist die Formulierung, der Kunde erwerbe die im einzelnen aufgeführten Artikel "bei der Verkaufsfirma", wobei vernachlässigt werden kann, daß der Gebrauch der Präposition "von" statt "bei" möglicherweise noch genauer wäre.

Demgegenüber ist dem Umstand, daß die Lieferung durch und die Zahlung an die Beklagte zu erfolgen hat, angesichts der vorher erörterten gegenteiligen Hinweise nicht hinreichend deutlich zu entnehmen, daß die Beklagte Vertragspartner werden soll (anders z.B. OLG Stuttgart aaO 225 unter Bezugnahme auf das Berufungsurteil in dieser Sache). Abgesehen davon, daß Leistungen auch durch Dritte erfolgen (§ 267 BGB) und Forderungen - auch im voraus - abgetreten werden können (§ 398 BGB), sind diese Regelungen nicht ohne Sinn, wenn berücksichtigt wird, daß die Käufer sich nur vorübergehend auf Mallorca aufhalten und die Inempfangnahme der von einem deutschen Produzenten stammenden Ware sowie die Überweisung des oft nicht unbeträchtlichen Kaufpreises an

einen deutschen Zahlungsempfänger in der Bundesrepublik Deutschland weniger Mühe bereiten als eine Vertragsabwicklung in Spanien oder zwischen Deutschland und Spanien.

Ein Vertragsschluß im Namen der Beklagten läßt sich endlich auch nicht daraus folgern, daß das Formular eine Auftragsbestätigung vorsieht und die Beklagte die Lieferbestätigungen verschickt sowie Reklamationen abwickelt. Selbst wenn aus dem Zusammenhang mit dem Satz, der der erstmaligen Erwähnung der Auftragsbestätigung vorangeht (Lieferung erfolgt durch die Beklagte), zu schließen wäre, daß der "Auftrag" von der Beklagten bestätigt werden soll, legt dies für sich genommen noch nicht die Stellung des Bestätigenden als Vertragspartner nahe; auch eine Bestätigung durch den mit dem Vertragspartner nicht identischen Auslieferer und Zahlungsempfänger macht Sinn, wenn dieser sich vor Vertragsabwicklung vergewissern will, daß der Kunde - wie bei Geschäften dieser Art nicht ganz selten - nicht nachträglich Einwände gegen die Wirksamkeit der Vereinbarung erhebt. Eine Regelung, daß Gewährleistungsansprüche von der Beklagten abzuwickeln seien, enthält der Formularvertrag nicht, so daß hieraus auch nichts für eine Vertragspartnerschaft der Beklagten abgeleitet werden kann. Auf die tatsächliche Abwicklung des Geschäfts kommt es, wie ausgeführt (oben II 2 a bb α), nicht an.

cc) Von dem unter bb) gewonnenen Auslegungsergebnis (kein Vertragsabschluß durch oder für die Beklagte) ist auch bei der Beurteilung der Verwendereigenschaft der Beklagten auszugehen. Ist das Revisionsgericht befugterweise und - wie

dargelegt (oben II 2 a aa) - ohne Bindung an die tatrichterlichen Ausführungen zu einer bestimmten Auslegung der vertraglichen Erklärungen gelangt, so kann es nicht gezwungen sein, fortan das Gegenteil dieses Auslegungsergebnisses nur deshalb zugrunde zu legen, weil die Konsequenz der Auslegung zugleich ist, daß es sich bei dem Auslegungssstoff - anders als vom Tatrichter angenommen - um ausländische Geschäftsbedingungen handelt (im Ergebnis ähnlich BGH, Urteil vom 2. Dezember 1974 - II ZR 132/73 = WM 1975, 134 unter 2 und Rietschel Anm. LM ZPO § 561 Nr. 19 zur Frage der Berücksichtigung neuer Tatsachen im Revisionsrechtszug in prozessualer und materiell-rechtlicher Hinsicht). Nur so lassen sich widersprüchliche Ergebnisse vermeiden. Es ist kein einleuchtender Grund dafür ersichtlich, dieselbe Sachfrage in ein und derselben Entscheidung unterschiedlich zu beurteilen. Das Revisionsgericht kann nicht die Verurteilung zu einer Verwendungsunterlassung bestätigen, nachdem es im Rahmen der ihm offenstehenden und obliegenden Nachprüfung festgestellt hat, daß der Beklagte nicht Verwender ist.

b) Die Beklagte kann auch nicht aus anderen Gründen dem Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen gleichgesetzt werden.

aa) Die Begründung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei schon deshalb Verwender, weil die für sie tätige spanische Firma das Formular zur Abfassung des Kundenangebots benutze (vgl. BGHZ 88, 368, 370), legt einen Sachverhalt zugrunde, von dem nicht ausgegangen werden kann. Es reicht zwar aus, daß der Verwender die Verwendungshandlung durch

Dritte vornehmen läßt. Auch dann bleibt aber stets unabdingbare Voraussetzung, daß der Dritte den vorformulierten Vertrag im Namen des mit der Unterlassungsklage in Anspruch genommenen "Hintermannes" schließt oder schließen soll (so auch im Fall BGHZ 88, 368, 369 oben; vgl. z.B. Palandt/Heinrichs, BGB, 49. Aufl., § 13 AGBG Anm. 2 c). Daran fehlt es hier (oben II 2 a bb *f*).

Es bedarf keiner Entscheidung, ob ausnahmsweise auch ein Dritter - wie vom VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in einem besonderen Fall angenommen (BGHZ 81, 229, 230 f; vgl. auch Wolf aaO § 1 Rdnr. 24; Lindacher aaO § 13 Rdnr. 37; Hensen aaO § 13 Rdnr. 14; Soergel/Stein, BGB, 11. Aufl., § 13 AGBG Rdnr. 5) - dem Vertragspartner gleichgestellt werden kann, wenn er die von ihm vorformulierten Geschäftsbedingungen in den Verkehr bringt und ein eigenes Interesse an den abzuschließenden Verträgen hat. Denn weder steht fest noch ist vom Kläger unter Beweis gestellt worden, daß die Beklagte den Vertrag formuliert oder auch nur an seiner Gestaltung mitgewirkt hat (oben II 1). Ebensowenig kann von einer Beteiligung der Beklagten an der eigentlichen Verwendungshandlung, dem "Stellen" der Vertragsbedingungen, ausgegangen werden.

bb) Entgegen der vom Kläger und vom Landgericht vertretenen Auffassung kann die Unterlassungsklage auch nicht deshalb gegen die Beklagte gerichtet werden, weil diese sich, ohne Vertragspartner zu sein, bei der Geschäftsabwicklung den Kunden gegenüber auf den Inhalt des Formularvertrages beruft (a.A. OLG Stuttgart WRP 1984, 354; Hensen aaO § 13

Rdnr. 14). Entsprechend dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG) ist auch im Rahmen des § 13 Abs. 1 AGBG als "Verwender" grundsätzlich nur derjenige anzusehen, der Partei des unter Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschlossenen oder zu schließenden Vertrages ist oder werden soll (ebenso z.B. Palandt/Heinrichs aaO; Lindacher aaO § 13 Rdnr. 37; Soergel/Stein aaO § 13 Rdnr. 5; Staudinger/Schlosser, BGB, 12. Aufl., § 13 AGBG Rdnr. 35; Erman/H. Hefermehl, BGB, 8. Aufl., § 1 AGBG Rdnr. 13; Erman/Werner aaO § 13 AGBG Rdnr. 20; wohl auch Löwe aaO § 13 Rdnr. 5). Das bloße "Zunutzemachen" der Standardbedingung reicht für den Verwendungsbegriff nicht aus (ebenso Wolf aaO Rdnr. 26). Die Gegenmeinung kann nicht das Senatsurteil vom 11. Februar 1981 (VIII ZR 335/79 = WM 1981, 379) für sich in Anspruch nehmen. Sie erkennt, daß es in der genannten Senatsentscheidung um das - nicht mit der vorstehend erörterten Frage gleichzusetzende - Problem ging, ob demjenigen, der als Vertragspartei einmal die Stellung als Verwender erlangt hat, nicht nur die künftige Verwendung, sondern auch die Berufung auf die beanstandete Klausel hinsichtlich bereits abgeschlossener Verträge zu untersagen ist (Senatsurteil aaO unter II 1 und II 2 c), ob mithin die Unterlassungsverurteilung auf Neuabschlüsse zu beschränken oder auf die Abwicklung sog. Altverträge zu erstrecken ist (zutreffend Staudinger/Schlosser aaO § 13 Rdnr. 29; Löwe BB 1988, 1832). Zu klären war also, was auch noch "Verwendung", und nicht, wer "Verwender" ist. Soweit den Ausführungen in dem Senatsurteil unter II 2 a (aaO) darüber hinaus Weitergehendes zur Frage, ob der Verwender Vertragspartei sein muß, entnommen werden könnte, wird daran nicht festgehalten.

cc) Aus allem folgt zugleich, daß dann, wenn der Beklagte des Unterlassungsverfahrens nicht Vertragspartei und auch nicht an der Verwendungshandlung beteiligt ist, nur ein wirtschaftliches Eigeninteresse an der Verwendung der Geschäftsbedingungen (so z.B. OLG Frankfurt NJW-RR 1986, 245) oder lediglich eine "enge wirtschaftliche Verbindung" mit dem eigentlichen Verwender (so z.B. Hensen aaO § 13 Rdnr. 14; ähnlich MünchKomm-Gerlach, BGB, 2. Aufl., § 13 AGBG Rdnr. 34) nicht ausreichen kann, um den Unterlassungsanspruch zu rechtfertigen. Abgesehen davon, daß diese Kriterien schon aus Gründen der Rechtssicherheit zu unscharf erscheinen, um die alleinige Grundlage einer Unterlassungsverurteilung abzugeben, spricht auch der Wortlaut des Gesetzes (§ 13 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG) gegen eine derartige Auslegung.

3. Der Senat verkennt nicht, daß die Vermutung des Klägers, mit dem Vorgehen der Beklagten und der spanischen Firma sei die Umgehung der deutschen Verbraucherschutzvorschriften beabsichtigt, nicht fernliegen mag (vgl. auch Huff EWiR Art. 27 EGBGB 1/89, 995 und EWiR § 2 HWiG 1/89, 383; Reich VuR 1989, 158, 160 f). Dies zu verhindern, ist die Unterlassungsklage des deutschen AGB-Gesetzes aber nicht der richtige Weg, wenn es an den Voraussetzungen der §§ 13, 1 AGBG fehlt. Die Vorschrift des § 7 AGBG, die in erster Linie der Umgehung der Klauselkataloge nach den §§ 10, 11 AGBG entgegenstehen soll und mittelbar auch für § 9 AGBG von Bedeutung sein kann (z.B. Lindacher aaO § 7 Rdnr. 2, 3; Soergel/Stein aaO § 7 Rdnr. 2), hat für die Bestimmungen der §§ 1-6 AGBG (dazu z.B. Staudinger/Schlosser aaO zu § 7;

MünchKomm-Kötz aaO § 7 Rdnr. 2; Ulmer aaO § 7 Rdnr. 6) und die Verfahrensvorschriften der §§ 13 ff AGBG (dazu z.B. Ulmer aaO § 7 Rdnr. 2, 9) keinen Anwendungsbereich. Wer es in rechtlich zulässiger Weise vermeidet, unwirksame Klauseln zu verwenden, kann nicht gemäß § 13 AGBG auf Unterlassung ihrer Verwendung in Anspruch genommen werden. Allerdings muß sich die Beklagte im Individualrechtsstreit mit dem Kunden die etwaige Unwirksamkeit einer Klausel in dem - wenn auch nicht mit ihr abgeschlossenen - Vertrag, aus dem sie aber Rechte herleitet, entgegenhalten lassen.

III. Nach allem war die Klage in Abänderung der vorinstanzlichen Urteile mit der Kostenfolge aus § 91 Abs. 1 ZPO abzuweisen.

Dr. Skibbe

Dr. Brunotte

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Dr. Beyer