

4

BGH Urt. v. 17. Mai 1982 - VII ZR 316/81 - OLG Hamm
LG Bielefeld

14

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 316/81 **URTEIL**

Verkündet am
17. Mai 1982
Werner,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma B. A. [REDACTED] KG, vertreten durch den persönlich
haftenden Gesellschafter Bernhard A. [REDACTED], D. [REDACTED] und
G. [REDACTED], M. [REDACTED]weg [REDACTED], S. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] /
[REDACTED] -

gegen

Herrn Rudolf Sch. [REDACTED], Bestattungen, K. [REDACTED]straße [REDACTED]-[REDACTED],
Mi. [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

14

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Mai 1982
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die
Richter Doerry, Bliesener, Obenhaus und Dr. Walchshöfer

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen
das Urteil des 19. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts Hamm vom
9. Oktober 1981 wird zurückge-
wiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der
Revision zu tragen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Beklagte, der ein Beerdigungsinstitut betreibt, aber im Handelsregister nicht eingetragen ist, bestellte am 7. Dezember 1979 bei der Klägerin D. und V. einer "Geschäftsempfehlung" von 5000 Stück Telefon-Notruf-Aufklebern für das Ortsnetz Minden zum Nettopreis für ein Jahr von 3.000,- DM zuzüglich 35,- DM Satzkosten und Mehrwertsteuer. Die Bestellung, die "unter ausdrücklichem Ausschluß einer Kündigung" erfolgte, ist in einem vorgedruckten, mit dem Briefkopf der Klägerin versehenen Auftragsformular enthalten, in dem es unter anderem heißt:

"Dieser Auftrag ist für 5 Jahre
(= 5 Auflagen) abgeschlossen.

...
In obigem Betrag sind sämtliche Kosten enthalten (Herstellung der Notruf-Aufkleber, Gebühren, Adressierung und Porto für die Verteilung an die Fernsprechteilnehmer als Drucksachen).

...
Der Unterzeichnende versichert ausdrücklich, daß er unterschreibungsberechtigt ist. Der Auftrag bedarf der Bestätigung des Verlages, bleibt für den Auftraggeber jedoch rechtsverbindlich. Der Auftrag gilt als bestätigt, falls nicht innerhalb von 14 Tagen nach Auftragseingang beim Verlag vom Auftragnehmer widersprochen wird. Beide Vertragspartner versichern, Vollkaufleute zu sein."

Mit Schreiben vom 8. Dezember 1979 widerrief der Beklagte den Auftrag. Mit einem weiteren Schreiben vom 15. Dezember 1979 untersagte er der Klägerin die Ver-

teilung des Notruf-Aufklebers und berief sich auf arglistige Täuschung bei Vertragsabschluß.

Die Klägerin, die die erste Auflage des Aufklebers hergestellt und verteilt hat, verlangt mit der Klage den dem Beklagten hierfür in Rechnung gestellten Betrag von 3.429,55 DM nebst Zinsen. Das Landgericht hat der Klage - bis auf geringfügige Mehrzinsen - stattgegeben, das Oberlandesgericht hat der Klägerin lediglich 1.028,86 DM nebst Zinsen zugesprochen (sein Urteil ist in NJW 1982, 283 veröffentlicht). Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin den vollen Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag sei ein Werkvertrag, auf den die Vorschriften des Abzahlungsgesetzes nicht anwendbar seien. Auch sei er vom Beklagten nicht wirksam angefochten worden. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revision nicht angegriffen.

II.

Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Beklagte habe den Vertrag mit Schreiben vom 8. Dezember 1979

wirksam gekündigt. Der in den Formularbedingungen der Klägerin enthaltene Ausschluß des Kündigungsrechts auf die Dauer von 5 Jahren verstoße gegen § 11 Nr. 12 a AGBG und sei deshalb unwirksam. Die Vorschrift des § 11 AGBG werde nicht durch § 24 Nr. 1 AGBG ausgeschlossen, denn der Beklagte sei nicht Kaufmann gemäß §§ 1, 2 HGB oder Minderkaufmann gemäß § 4 HGB. Der Beklagte könne auch nicht als Scheinkaufmann angesehen werden. Seine Versicherung, Vollkaufmann zu sein, sei in einer überraschenden, gemäß § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil gewordenen Klausel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin enthalten. Nach dem Wortlaut der §§ 9 bis 11 AGBG und "der Teleologie" des Gesetzes führe ein Verstoß gegen § 11 AGBG zur völligen Unwirksamkeit der betreffenden Klausel und nicht zu ihrer Aufrechterhaltung mit reduziertem Inhalt.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht wendet zutreffend auf den Vertrag, der zwischen den Parteien unter ausdrücklichem Ausschluß einer Kündigung für die Dauer von 5 Jahren abgeschlossen wurde, die Vorschriften des AGBG an.

a) Die Parteien verwendeten bei Vertragsabschluß ein vorgedrucktes Formular, in dem vorformulierte Vertragsbedingungen der Klägerin enthalten sind. Wie die Beweisaufnahme vor dem Berufungsgericht ergeben hat, liegen diese Auftragsformulare stets den von der Klägerin

abgeschlossenen Werbeverträgen zugrunde. Die Klauseln über den ausdrücklichen Ausschluß einer Kündigung und über die Versicherung der Vertragspartner, Vollkaufleute zu sein, sind deshalb Allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG), zumal darüber - wie das Berufungsgericht festgestellt hat- zwischen den Parteien nicht verhandelt wurde.

b) Ob aufgrund des zwischen den Vertretern der Klägerin und dem Beklagten geführten Gesprächs über die Auftragsdauer die in dem Vertrag enthaltene Bedingung über einen Vertragsabschluß für 5 Jahre ausgehandelt wurde und daher gemäß § 1 Abs. 2 AGBG nicht als Allgemeine Geschäftsbedingung anzusehen ist, kann dahingestellt bleiben. Zwar bedeutet "Aushandeln" im Sinne dieser Vorschrift nicht, daß die von dem Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorformulierte Bestimmung tatsächlich abgeändert oder ergänzt worden sein muß (vgl. auch BGH, NJW 1977, 624; 1979, 367). Auch hat das Berufungsgericht aufgrund der Zeugenvernehmung festgestellt, daß bei dem Gespräch über den Vertragsabschluß die Dauer des Vertrags im einzelnen als "wesentliches Vertragskriterium" ausführlich besprochen wurde und der Beklagte mit der Vereinbarung einer Laufzeit von 5 Jahren ausdrücklich einverstanden war. Selbst wenn die Vertragsdauer zwischen den Parteien besonders vereinbart und somit "ausgehandelt" sein sollte, bleiben doch die nicht ausgehandelten Vertragsbedingungen über den Kündigungsaus- schluß und über die Versicherung der Vollkaufmannseigen- schaft Allgemeine Geschäftsbedingungen, die der Beurteilung

nach dem AGBG unterliegen.

2. Zutreffend zieht das Berufungsgericht für die in dem Vertragsformular enthaltene Vertragsklausel über den Ausschluß einer Kündigung § 11 Nr. 12 a AGBG heran. Darunter fällt auch der Ausschluß des dem Besteller nach § 649 BGB zustehenden Kündigungsrechts.

a) Die Vorschrift des § 11 Nr. 12 a AGBG bleibt im vorliegenden Fall gemäß § 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG anwendbar, weil der Beklagte nicht Kaufmann im Sinne dieser Vorschrift ist. Das Berufungsgericht geht mit Recht davon aus, daß der Beklagte weder Mußkaufmann (§ 1 HGB) oder Minderkaufmann (§ 4 HGB) noch Sollkaufmann (§ 2 HGB) ist. Ob er aufgrund des von ihm unterzeichneten Auftragsformulars, in dem er seine Vollkaufmannseigenschaft versichert hat, als Scheinkaufmann und damit als Kaufmann im Sinne des § 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG zu behandeln wäre, kann dahingestellt bleiben. Mit Recht sieht das Berufungsgericht in dieser Bestimmung eine überraschende Klausel, die gemäß § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil geworden ist.

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags so ungewöhnlich sind, daß der Vertragspartner mit ihnen nicht zu rechnen braucht, liegen dann vor, wenn ihnen ein Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt inne wohnt und zwischen ihrem Inhalt und den Erwartungen des Kunden eine deutliche Diskrepanz besteht (Kötz in MünchKomm, § 3 AGBG Rdn. 8; Palandt/Heinrichs, BGB, 41. Aufl., § 3 AGBG Anm. 2 a). Die Klausel muß eine Regelung enthalten,

mit der der Vertragspartner den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht (Kötz, aaO; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGBG, § 3 Rdn. 13; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG - Kommentar, 3. Aufl., § 3 Rdn. 14). Auch der ungewöhnliche äußere Zuschnitt der Klausel, ihre Unterbringung an unerwarteter Stelle, kann die Bestimmung zu einer ungewöhnlichen und damit überraschenden Klausel machen (Staudinger/Schlosser, AGBG, § 3 Rdn. 12; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, aaO, Rdn. 12).

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben. Ein Vertragspartner, der mit dem von der Klägerin verwendeten Formular einen Auftrag erteilt, braucht mit einer solchen Klausel nicht zu rechnen. Er muß sich nicht darauf einstellen, daß der Auftraggeber, der sich - durch Abschlußvertreter - von Art und Größe seines Gewerbebetriebes überzeugen konnte, eine in einer Klausel enthaltene Erklärung von ihm fordert, die mit der Abwicklung des zustandegekommenen Vertrages nicht unmittelbar etwas zu tun hat. Die Bestimmung ist deshalb als überraschende Klausel im Sinne des § 3 AGBG anzusehen.

b) Die Vorschrift des § 11 Nr. 12 a AGBG wird auch nicht - wie die Revision meint - durch § 23 Abs. 2 Nr. 6 AGBG ausgeschlossen. Der Grund für die in dieser Vorschrift enthaltene Ausnahmeregelung besteht darin, Dauerschuldverhältnisse, die nach der Natur der Sache im Interesse beider Teile auf eine mehrjährige Laufzeit angelegt sind, von der zeitlichen Begrenzung des § 11 Nr. 12 AGBG freizustellen (Ulmer/Brandner/Hensen, aaO, § 23 Rdn. 47). Die Bestimmung führt deshalb ausdrücklich neben Versicherungsverträgen und Verträgen zwischen den Inhabern urheberrechtlicher Rechte Verträge über die

"Lieferung als zusammengehörig verkaufter Sachen" an. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Werkvertrag ist kein solcher Vertrag. Als Werbevertrag soll er sich zwar auf mehrere Jahre erstrecken. Es werden aber keine "als zusammengehörig verkaufte Sachen" geliefert. Außerdem ist zur Erreichung des Vertragszwecks oder für die Vertragserfüllung eine mehrjährige Laufzeit des Vertrags nicht notwendig.

3. Die Vertragsklausel über den Ausschluß einer Kündigung ist - wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt - wegen Verstosses gegen § 11 Nr. 12 a AGBG unwirksam.

a) Nach § 11 Nr. 12 a AGBG ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei einem Vertragsverhältnis, das - wie im vorliegenden Fall - die regelmäßige Erbringung von Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat, eine den anderen Vertragsteil länger als 2 Jahre bindende Laufzeit des Vertrags unwirksam. Die Frage, ob diese Unwirksamkeit sich auf die gesamte Klausel erstreckt oder die Klausel nur insoweit erfaßt, als sie die in § 11 Nr. 12 a AGBG vorgesehene Höchstfrist von 2 Jahren überschreitet, wird unterschiedlich beurteilt; vom Bundesgerichtshof wurde sie bisher nicht entschieden. Die von der Revision angeführten Entscheidungen BGHZ 51, 55, 57 und BGHZ 60, 353, 360 beziehen sich auf sittenwidrige Vertragsbestimmungen von Automatenaufstellverträgen bzw. auf einen Vertrag über Ingenieurleistungen unter Zugrundelegung der GOI. Die Entscheidungen BGH, NJW 1972, 1459; 1974, 2089, 2090; Urteil vom 31. Januar 1973 - VIII ZR 131/71 = WM 1973, 357 befassen sich mit der

übermäßig langen Laufzeit von Bierlieferungsverträgen.

Eine in Rechtsprechung und Schrifttum weitverbreitete Meinung hält Klauseln, die gegen die §§ 9 bis 11 AGBG verstoßen, insgesamt für unwirksam. Das ergebe sich aus § 13 Abs. 1 AGBG; außerdem stelle die teilweise Aufrechterhaltung verbotswidriger Klauseln die Verwendung derartiger Bestimmungen von jedem Risiko frei und fördere damit ihre Verbreitung (vgl. OLG Düsseldorf, BB 1980, 388; OLG Hamm, NJW 1981, 1049, 1050; OLG Karlsruhe, NJW 1981, 405, 407; OLG Stuttgart, BB 1979, 1468; Bunte, AcP 181, 31, 41 f; Knütel, JR 1981, 221, 222; Koch/Stübing, Allgemeine Geschäftsbedingungen, § 9 Rdn. 36; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., § 29 a III d; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, aaO, § 5 Rdn. 6, § 6 Rdn. 2; Löwe, JuS 1977, 421, 424; Micklitz, NJW 1981, 407, 408; Palandt/Heinrichs, aaO, Vorbemerkung 3 b vor § 8 AGBG, § 11 AGBG Vorbemerkung; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, AGBG, § 6 Rdn. 9, § 11 Nr. 3 Rdn. 13, § 11 Nr. 5 Rdn. 39; Schmidt, JA 1980, 401, 404; Staudinger/Schlosser, aaO, § 6 Rdn. 15 a, 16; Ulmer, NJW 1981, 2025, 2029; Graf von Westphalen, Betrieb 1977, 1685, 1687).

Die Gegenmeinung ist der Auffassung, die Rückführung unwirksamer Klauseln auf einen zulässigen Inhalt, sei nicht schlechthin ausgeschlossen, weil gegen eine richterliche Herabsetzungsbefugnis keine grundsätzlichen Bedenken bestünden (vgl. OLG München, NJW 1981, 1963; Ebel, Betrieb 1979, 1973; Garrn, JA 1981, 151, 154; Götz, NJW 1978, 2223, 2225; Johannson, Betrieb 1981, 732; Kötz in MünchKomm, § 6 AGBG Rdn. 9,

§ 11 AGBG Rdn. 136, Ergänzung zu § 6 AGBG Rdn. 8 bis 12; ders., NJW 1979, 785; Locher, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 58 ff; Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., F 56 ff; ders. BB 1980, 1701, 1705 f; Ulmer/Brandner/Hensen, aaO, § 6 Rdn. 20, § 9 Rdn. 93).

b) Der Senat hält die gegen § 11 Nr. 12 a AGBG verstoßende Klausel in vollem Umfang für unwirksam.

Bereits vor Inkrafttreten des AGBG hat er die Auffassung vertreten, daß das Gericht bei der ergänzenden Vertragsauslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht die Aufgabe hat, eine Fassung zu finden, die einerseits dem Unternehmer möglichst günstig, andererseits gerade noch rechtlich zulässig ist (BGHZ 72, 206, 208 m.w.N., BGH, NJW 1979, 2095). Das Gericht muß vielmehr insbesondere auch die Interessen des Bestellers angemessen berücksichtigen (BGHZ 62, 83, 89). Bei der Entscheidung der Streitfrage hält der Senat an dieser Rechtsprechung fest, weil Wortlaut und Zweck der Vorschriften des AGBG gegen eine Aufrechterhaltung der Klausel mit eingeschränktem Inhalt sprechen.

Aus dem Wortlaut der §§ 9 bis 11 AGBG läßt sich eine teilweise Aufrechterhaltung der gegen das Gesetz verstoßenden Klauseln nicht herleiten (vgl. Staudinger/Schlosser, aaO, Rdn. 15 a; Ulmer, NJW 1981, 2025, 2028 f). Das Gesetz spricht in diesen Vorschriften vielmehr stets von der Unwirksamkeit der einzelnen Bestimmungen

und geht auch in § 13 Abs. 1 von der Unwirksamkeit der in §§ 9 bis 11 angeführten Klauseln aus. Dem Zweck des AGBG kann eine Aufrechterhaltung be-
anstandeter Klauseln mit eingeschränktem Inhalt eben-
falls nicht entnommen werden. Wie das Berufungs-
gericht zutreffend ausführt, ist es Ziel des Ge-
setzes, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis
verwendeten oder empfohlenen Allgemeinen Geschäftsbe-
dingungen hinzuwirken. Den Kunden soll die Möglich-
keit sachgerechter Information über die ihnen aus dem
vorformulierten Vertrag erwachsenden Rechte und Pflichten
verschafft werden. Dieses Ziel ließe sich nicht erreichen,
wenn jeder Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen
zunächst einmal ungefährdet bis zur Grenze dessen gehen
könnte, was zu seinen Gunsten gerade noch vertretbarer
Weise angeführt werden kann. Dann würde nicht schon ver-
hindert, daß der Vertragspartner des Verwenders in der
Vertragsabwicklungspraxis mit überzogenen Klauseln
konfrontiert wird (vgl. Staudinger/Schlosser, aaO,
Rdn. 16; auch Ulmer, aaO). Erst in einem Prozeß würde
er vielmehr den Umfang seiner Rechte und Pflichten zu-
verlässig erfahren. Der mit dem AGBG verfolgte Schutz
des Verbrauchers sowie der Zweck des Gesetzes, den
Rechtsverkehr von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbe-
dingungen freizuhalten (Löwe, JuS 1977, 421, 424), ge-
bieten es daher, Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbe-
dingungen, die gegen § 11 Nr. 12 a AGBG verstoßen, in
vollem Umfang als unwirksam zu betrachten.

Dabei kann offenbleiben, inwieweit ergänzende
Vertragsauslegung bei der Inhaltskontrolle nach dem

AGB-Gesetz überhaupt noch möglich ist (vgl. zur Problemstellung Ulmer, NJW 1981, 2025). Die Senatsentscheidung BGHZ 79, 16 betrifft einen nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes abzuwickelnden Fall; das verkennen Meyer-Cording (NJW 1981, 2338) und Löwe (BB 1982, 152). Der Senat hätte aber auch nach seiner bisherigen Rechtsprechung den Kündigungsausschluß, wie er hier in AGB festgelegt ist, nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt. Es wäre ungewiß geblieben, welchen Zeitraum die Parteien gewählt hätten, wenn ihnen bewußt geworden wäre, daß der völlige Ausschluß der Kündigung in AGB unzulässig ist. Die Annahme jedweder Frist wäre willkürlich. Da es nicht Aufgabe des Gerichts ist, eine Fassung für AGB zu finden, die einerseits dem Unternehmer möglichst günstig, andererseits gerade noch rechtlich zulässig ist, hat in solchen Fällen schon nach bisheriger Rechtsprechung des Senats eine ergänzende Vertragsauslegung zu unterbleiben (vgl. etwa BGHZ 62, 83, 89 f; 62, 323, 327 und BGH, NJW 1977, 1336, 1338, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 68, 372).

4. Da die Klausel über den Kündigungsausschluß unwirksam ist, konnte der Beklagte den Werkvertrag gemäß § 649 BGB kündigen. Das Berufungsgericht hat der Klägerin daher mit Recht gemäß § 649 Satz 2 BGB nur die vereinbarte Vergütung unter Anrechnung desjenigen zugesprochen, was sie infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart hat.

III.

Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Doerry

Bliesener

Oberhaus

Walchshöfer