

DR. WOLFGANG DÄUBLER, TÜBINGEN

**Die geknebelten Wirtsleute: Zur Totalnichtigkeit von Formularverträgen –  
BGH, NJW 1969, 230\***

Die beklagten Eheleute pachteten Ende 1964 eine Gaststätte. Zwei Tage vor der Eröffnung schlossen sie zunächst mit R einen für sie recht günstigen Vertrag über die Aufstellung von Musikautomaten; anschließend erschien der Kläger, überzeugte sie davon, die mit R getroffene Abmachung sei anfechtbar, und ließ sie ein Vertragsformular unterschreiben, das sehr viel weniger vorteilhafte Bedingungen enthielt. Im einzelnen war dem Kläger das Recht eingeräumt, beliebig viele, jedoch mindestens einen Musikautomaten in der Gaststätte der Beklagten aufzustellen und dafür den nach seiner Ansicht günstigsten Platz auszuwählen. Die Beklagten waren verpflichtet, die Geräte während der gesamten Geschäftszeit und – mit Ausnahme eines wöchentlichen Ruhetages – das ganze Jahr über spielbereit zu halten; um das Interesse der Gäste nicht abzulenken, durften sie keine Fernsehübertragungen veranstalten oder auch nur zulassen. Ein Anspruch auf Beteiligung am Einspielergebnis stand ihnen nicht zu; der Kläger stellte ihnen lediglich einen Satz von 20% als freiwillige Leistung in Aussicht. Der Vertrag hatte eine Laufzeit von 10 Jahren und sollte sich um weitere 5 Jahre verlängern, wenn er nicht mit einer Frist von 30 Monaten vor Ablauf schriftlich gekündigt wurde. Der Kläger entzog sich jedoch dieser Bindung, da er sich bei mangelnder Rentabilität ein binnen 10 Tagen ausübendes „Rücktrittsrecht“ vorbehielt. Weigerten sich die Beklagten, die vom Kläger bestimmten Automaten aufzustellen, so war pro Tag und Gerät eine Vertragsstrafe von 20 DM verwirkt. Dies galt auch dann, wenn die Beklagten vor Ablauf des Vertrags ihr Gewerbe aufgaben.

Die gesamten Formularbedingungen waren bewußt unklar gehalten. Die einzelnen Ziffern des umfangreichen, durchgehend in Kleindruck gesetzten Vertragstextes faßten nicht jeweils einen bestimmten Komplex zusammen, sondern regelten die unterschiedlichsten, miteinander gar nicht zusammenhängenden Fragen. Dabei wurde in der Regel eine harmlose oder nebensächliche Bedingung vorangestellt, während sich die belastenden Abreden mitten im Text befanden.

Die Beklagten verweigerten die Erfüllung des Vertrags, da sich in der Gaststätte noch Musikautomaten des Verpächters befanden. Mit der Klage wurden Vertragsstrafen in Höhe von 5640 DM geltend gemacht.

Für die mit der Sache befaßten Gerichte stellte sich die Frage, ob der Vertrag wegen der weitgehenden Bindung der Bekl. sittenwidrig (unten I) oder ob er nur mit Rücksicht auf die besonderen, für AGB geltenden Rechtsgrundsätze nichtig war (unten II). Außerdem konnte zweifelhaft sein, ob die etwaige Fehlerhaftigkeit zahlreicher oder aller Klauseln den Vertrag insgesamt hinfällig machte (unten III).

**I. Nichtigkeit nach § 138 BGB**

Nur wenig Aufmerksamkeit schenkte der BGH dem Problem, ob die von den Parteien getroffene Abmachung wegen „Knebelung“ der Bekl. sittenwidrig war. Er begnügte sich insoweit mit der Feststellung, das Vorliegen einer „an den Verlust der Selbständigkeit grenzenden Lähmung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit“ sei zweifelhaft, könne aber letztlich dahinstehen, und wandte sich den weiteren Fragen zu. Wegen der präjudiziellen Bedeutung erstaunt dies ein wenig, doch ist zu vermuten, daß der BGH einen Verstoß gegen § 138 ablehnte, sich jedoch mit Recht scheute, dies offen auszusprechen, um nicht Nachahmungen der an sich mißbilligten Freiheitsbeschränkungen indirekt zu ermuntern.

Dem Rezensenten steht diese Rücksichtnahme nicht zu; er kann sich gefahrlos der vollständigen Aufklärung der Rechtslage widmen, ohne die Praxis im geringsten zu beeinflussen.

**1. Die herrschende Lehre**

Die vertragliche Beschränkung der geschäftlichen Betätigung eines andern ist in einer Wirtschaft, die einem zuneh-

\* Urt. v. 11. 11. 1968 – VIII ZR 151/66 = JuS 1969, 237 Nr. 3 = BGHZ 51, 55 (Teilabdruck) = BB 1969, 69 = WPM 1969, 20. – Seitenzahlen ohne weitere Angaben beziehen sich auf den Abdruck des Urt. in der NJW; §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

menden Konzentrationsprozeß unterliegt<sup>1</sup>, eine alltägliche Erscheinung. Sie ergreift in aller Regel nur juristische Personen, deren Beherrschung durch andere unter Wahrung bestimmter Kautelen grundsätzlich zulässig ist<sup>2</sup>. Problematischer ist die Indienstnahme natürlicher Personen, soweit nicht ein in seiner Zulässigkeit unbestrittenes Arbeitsverhältnis vorliegt. Sie tangiert sehr viel unmittelbarer als bei dem Zweckgebilde der juristischen Person das liberale Selbstbestimmungsprinzip; von einem autonomen, seine Umwelt nach eigenem Entwurf gestaltenden Individuum kann schwerlich die Rede sein, wenn der größte Teil seines wirtschaftlichen Verhaltens von einem Dritten bestimmt wird.

Schon das RG hat die schwersten Fälle dieser Art mit Hilfe des § 138 bekämpft. Unter dem Stichwort der „Knebelungsverträge“ hat es Abmachungen als nichtig behandelt, in denen sich jemand einem andern „auf Gnade und Ungnade auslieferte“<sup>3</sup> oder sich „fremder Willkür preisgab“<sup>4</sup>. Weniger einschneidende Beschränkungen hat es grundsätzlich für zulässig gehalten<sup>5</sup>, eine Tatsache, die hier nur konstatiert, nicht ausgedeutet werden kann, und die ihre psychologische Erklärung wohl in dem Bestreben findet, sich nicht allzu weit von den im Konzern- und Arbeitsrecht herrschenden Wertungen zu entfernen. Der BGH hat diese Rechtsprechung unverändert übernommen und sie um einige neue Formulierungen bereichert; Bindungen, die „für einen freien Mann unerträglich“ sind oder die einer „Selbstentmündigung“ gleichkommen<sup>6</sup>, verstoßen auch nach seiner Ansicht gegen die guten Sitten.

Mißt man den zwischen den Parteien bestehenden Vertrag an diesen Grundsätzen, so erscheint die Anwendbarkeit des § 138 in der Tat zweifelhaft. Zwar konnte der Kläger in weitem Umfang in den Gewerbebetrieb der Beklagten eingreifen. Er war insbesondere in der Lage, durch die Bestimmung der Anzahl der Geräte und ihres Aufstellplatzes den Gesamtcharakter der Gaststätte und damit den potentiellen Kundenkreis weitgehend zu determinieren, und hatte durch Vereinbarung von Vertragsstrafen auch sichergestellt, daß die Beklagten weder Betriebsferien einlegen noch gar ihr Gewerbe aufgeben konnten. Auf der anderen Seite waren diese in der Gestaltung ihrer gewerblichen Betätigung im übrigen völlig frei; von der Bestimmung des wöchentlichen Ruhetages über die Zahl und Auswahl der Mitarbeiter bis zur Festlegung der Preise unterlagen sie keinerlei Vorschriften. Nimmt man mit der überkommenen Judikatur eine Knebelung nur dann an, wenn fast die gesamte wirtschaftliche Betätigung fremdbestimmt ist, so scheidet § 138 im vorliegenden Fall aus.

## 2. Interpretation des § 138 im Lichte der Grundrechte

Etwas anderes könnte gelten, wenn man die Generalklausel des § 138 im Lichte des Wertsystems der Grundrechte interpretiert, eine Möglichkeit, die der BGH mit keinem Wort erwähnte. Ein derartiger Auslegungsversuch hätte besonders nahegelegen, da ja an vorkonstitutionelles Richterrecht angeknüpft wurde, dessen Maßstäbe sich möglicherweise stark von denen des Grundgesetzes unterscheiden. Er war auch deshalb notwendig, weil sich der BGH wohl kaum von der Rechtsprechung des BVerfG<sup>7</sup> und der herrschenden Meinung in der Literatur<sup>8</sup> distanzieren wollte, die Wertordnung der Grundrechte wirke über die Generalklauseln auch ins Zivilrecht hinein. Versucht man von dieser Basis aus, den vorliegenden Sachverhalt zu beurteilen, so ergibt sich Folgendes:

Das Verbot der Knebelungsverträge könnte durch die Wertentscheidung der Verfassung für Menschenwürde und freie Entfaltung der Persönlichkeit eine Verschärfung erfah-

ren haben. Art. 1 GG hat zwar eine Auslegung gefunden, die ähnlich allgemeine Formulierungen wie die Rechtsprechung zu § 138 verwendet<sup>9</sup>, doch ist bei der weiteren Konkretisierung zu berücksichtigen, daß die Wertentscheidungen des GG in bewußtem Gegensatz zu der 1945 zu Ende gegangenen Ordnung getroffen wurden<sup>10</sup>. Aus dem Kontrastcharakter unserer Verfassung, der auch in der Präambel zum Ausdruck kommt, folgt zwingend, daß die in der früheren Ordnung zulässigen Freiheitsbeschränkungen nicht perpetuiert werden dürfen; ehemals unbedenkliche Abhängigkeitsverhältnisse müssen zumindest eingeengt, wenn nicht beseitigt werden. Welche konkreten Konsequenzen dies auf die Struktur des Wirtschaftslebens, insbesondere für das Maß zulässiger Selbstbeschränkung hat, muß eingehender monographischer Behandlung vorbehalten bleiben; vorläufig soll die Feststellung genügen, daß eine verfassungskonforme Interpretation des § 138 durchaus zur Bejahung der Sittenwidrigkeit des zwischen den Parteien bestehenden Vertrags hätte führen können.

Aus der Sicht des Verfassungsrechts ergeben sich besonders starke Bedenken gegen die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall, daß die Beklagten ihr Gewerbe aufgeben wollten. Da sie pro Jahr und Gerät 6000 DM zu bezahlen hatten und der Vertrag erst nach 10 Jahren gekündigt werden konnte, wäre ein Berufswechsel nach den Feststellungen des Gerichts mit der Vernichtung ihrer bescheidenen wirtschaftlichen Existenz verbunden gewesen. Der darin liegende Zwang zur Fortsetzung der bisherigen Tätigkeit mißachtet die in Art. 12 GG für freie Berufswahl und gegen Zwangsarbeit getroffene Wertentscheidung und ist daher rechtswidrig. Die in einer solchen Abmachung liegende Freiheitsbeschränkung belastet die Beklagte sogar mehr als ein über zwei Jahre hinausgehendes Wettbewerbsverbot eines Arbeitnehmers, das vom BAG zu Recht als unzulässig abgelehnt wird<sup>11</sup>.

## II. Verstoß gegen die für AGB geltenden Regeln?

Von seinem Standpunkt aus mußte der BGH nunmehr prüfen, ob die Vereinbarung der Parteien gegen die Grundsätze verstieß, die er selbst auf der Grundlage der §§ 138, 242, 315 für die Inhaltskontrolle von AGB entwickelt hat.

Nach der im Urteil gegebenen Zusammenfassung entbehren AGB ganz oder teilweise der Rechtswirksamkeit, „soweit sie unangemessene, überraschende Klauseln enthalten, in denen sich die mißbräuchliche Verfolgung einseitiger Interessen auf Kosten des Geschäftspartners verkörpert und die daher bei Abwägung der

1) Dazu H. Arndt, Die Konzentration der westd. Wirtschaft, 1966; Hufschmid, Die Politik des Kapitals, 2. Aufl. (1969), S. 36 ff.; Grosser (Hrsg.), Konzentration ohne Kontrolle, 1969.

2) Vgl. §§ 291 ff. AktG. Eine gute Einführung in das KonzernR bietet Beuthien, JuS 1970, 53 ff.

3) RG, Warn 1912 Nr. 57.

4) RG, Warn 1933 Nr. 55; w. Nachw. bei Ramm, Einführung in das PrivatR, II, 1969, S. L 598 f.

5) S. die Übersicht bei Ramm, S. L 599.

6) BGHZ 44, 158.

7) BVerfGE 7, 198 („Lüth-Urt.“) und st. Rspr.

8) Vgl. Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, GG, 3. Aufl. (1971), Art. 1 III Rdnrn. 127 ff. m. Nachw.

9) Der Mensch darf nicht „zum Objekt fremden Willens“ erniedrigt werden (so Dürig, aaO. Art. 1 I Rdnr. 28; Hamann, in: Hamann-Lenz, GG, 3. Aufl. [1970], Art. 1 Anm. B 1 d; v. Mangoldt-Klein, GG, 2. Aufl. [1957], Art. 1 Anm. III 3b), er soll „sich selbst gehören“ und „über sich selbst verfügen“ (so Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968, S. 33); vgl. aber jetzt auch das „Abhör-Urt.“ des BVerfG (NJW 1971, 275 = JuS 1971, 204 Nr. 1).

10) So u. a. BVerfGE 2, 12; 5, 122; 6, 361; 8, 78; Abendroth, GG, 1966, S. 13; Maihofer, S. 10; Gerh. Müller, RdA 1964, 125; v. Mangoldt-Klein, Art. 1 Anm. III 3b.

11) BAG, NJW 1970, 626; zur Verfassungswidrigkeit des § 75b S. 2 HGB vgl. BAG, NJW 1969, 678; 1970, 723 = JuS 1970, 303 Nr. 10.

Interessen der normalerweise an solchen Geschäften beteiligten Kreise der Billigkeit widersprechen“ (S. 230). Als Maßstab seien insbesondere die Dispositivnormen des BGB heranzuziehen; je stärker ihr Gerechtigkeitsgehalt sei, um so eher verbiete sich eine Abweichung in AGB (S. 231)<sup>12</sup>.

### 1. Anwendbarkeit der Grundsätze in concreto

Die Anwendung dieser Grundsätze stieß im vorliegenden Fall auf zwei Hindernisse:

a) Die zwischen den Parteien bestehende Vereinbarung war ein sog. *Formularvertrag*; er verwies nicht auf AGB, sondern enthielt die umstrittenen Klauseln selbst<sup>13</sup>. Dies warf die bisher von der Rechtsprechung noch nicht abschließend beantwortete Frage auf, ob die für AGB entwickelten Grundsätze auch auf Formularverträge Anwendung finden können. Auch im vorliegenden Urteil vermied der BGH eine grundsätzliche Stellungnahme und bejahte eine Gleichbehandlung lediglich für den Fall, „daß das Formular einen Komplex umfangreicher vorformulierter Klauseln enthielt, über deren uneingeschränkte Annahme sich der Vertragsgegner entscheiden muß, ohne sich wegen des Umfangs und des schwer zu verstehenden Inhalts über die Tragweite der Klauseln klarwerden zu können“ (S. 232)<sup>14</sup>. Die zustimmende Zitierung *Schmidt-Salzers*<sup>15</sup> legt den Schluß nahe, daß auch der BGH den (für die Ausdehnung entscheidenden) Zweck der AGB-Regeln nicht in der Korrektur einseitiger Machtausübung, sondern ausschließlich darin sieht, der Kunde dürfe durch den Umfang und die inhaltliche Kompliziertheit des Vertragstextes nicht in seiner rechtsgeschäftlichen Verantwortungsfähigkeit überfordert werden. Wenn dem so ist, müssen trotz des billigenwertigen Ergebnisses Bedenken angemeldet werden.

Eine solche These hätte zur Folge, daß allein die §§ 138, 826 als äußerste Schranke eingreifen, wenn der wirtschaftlich überlegene Unternehmer einen kurzen und klaren Text entwirft und dem Kunden die Möglichkeit einräumt, ihn in aller Ruhe durchzusehen. So kann etwa der Ausschluß sämtlicher Gewährleistungsansprüche und die Beschränkung der Haftung auf Vorsatz unschwer in zwei auch dem Laien verständlichen Sätzen zum Ausdruck gebracht werden. Dennoch ist es zumindest wahrscheinlich, daß die Rechtsprechung auch in diesem Fall einen Verstoß gegen § 242 oder den Rechtsgedanken des § 315 annehmen würde, liegt doch nach ihrer eigenen Aussage nicht in der Unübersichtlichkeit der Bedingungen, sondern in der einseitigen Durchsetzung der Interessen einer Partei jenes Moment der Unbilligkeit, das eine Korrektur erforderlich macht<sup>16</sup>. Jede andere Auffassung wäre sozialstaatswidrig, da die Schutzbedürftigkeit des Schwächeren aufgrund der bloßen Einsicht in seine Unterlegenheit nicht aufgehoben wird. Konkret bedeutet dies, daß die für AGB entwickelten Grundsätze dann auf Formularverträge Anwendung finden, wenn zwischen den Beteiligten ein analoges Machtgefälle besteht. Wichtiges Indiz hierfür ist die Größe des Spielraums, der bei der Ausfüllung des Formulars bestand.

Eine andere Frage ist, ob daneben nicht auch die Überforderung der rechtsgeschäftlichen Verantwortungsfähigkeit eine Beschränkung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit im Bereich der AGB und der Formularverträge zur Folge haben muß. Mit dem BGH ist diese Frage zu bejahen, da eine undurchsichtige Formulierung die eine Seite in ähnlicher Weise benachteiligen kann wie die machtmäßige Überlegenheit ihres Partners. Im vorliegenden Fall war diese zweite ratio der

AGB-Regeln sogar von ausschlaggebender Bedeutung. Da die Beklagten bereits einen für sie günstigen Vertrag abgeschlossen hatten, waren sie auch nicht indirekt gezwungen, mit dem Kläger zu kontrahieren; sie waren ihm nicht wirtschaftlich, sondern allenfalls intellektuell unterlegen. Mit Rücksicht auf die unklare Fassung der Vertragsbedingungen konnte jedoch mit gutem Grund angenommen werden, daß die volle Einsicht in die Bedeutung ihres Tuns von den Beklagten nicht zu verlangen war.

b) Das zweite Hindernis bei der Feststellung der unbilligen Interessendurchsetzung lag im *Fehlen* der sonst als Maßstab herangezogenen *Dispositivnormen*: Das BGB kennt keinen Automatenaufstellvertrag. Der BGH half sich durch Rückgriff auf den „Wesensinhalt“ dieses Vertragstyps, wonach ein Automat in den Gewerbebetrieb des Kunden eingegliedert werde und dem gemeinsamen Nutzen beider Partner diene (S. 231). Aus letzterem ergebe sich eine Pflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme und zur Unterlassung unbilliger Beeinträchtigungen.

Im Ergebnis ist dem sicher beizupflichten. Die Begründung erweckt jedoch etwas Unbehagen, da der BGH nicht mitteilt, woraus er die Einsicht in den „Wesensinhalt“ schöpft. Eine Anknüpfung an das in der Praxis Geübte – den soziologischen Normaltypus – kann schwerlich gemeint sein, da insoweit ausreichende empirische Untersuchungen fehlen und auch Zweifel anzumelden sind, ob die Realität dem vom BGH entwickelten Leitbild entspricht. So bleibt als Erklärung nur die Übernahme bestimmter Wertvorstellungen, die nach Ansicht des Gerichts in der Gesellschaft vorhanden sind. Dies ist im vorliegenden Fall ein recht ungefährliches Vorgehen, da seine These sich unschwer auf einen breiten Konsensus stützen läßt. Äußerst problematisch wird eine solche Methode jedoch, wenn – wie im Arbeitsrecht – divergierende Auffassungen bestehen und der Richter der Gefahr erliegen kann, sein Sozialideal oder das einer ihm aus verschiedenen Gründen nahestehenden Gruppe zum Maßstab seines Urteilens zu machen und als Gemeingut auszugeben<sup>17</sup>.

### 2. Folgerungen

Die nunmehr mögliche Subsumtion des Sachverhalts unter die für AGB geltenden Regeln hatte ein eindeutiges Ergebnis.

Zutreffend führte der BGH aus, die Formular-Bedingungen seien zwar nicht als einzelne, wohl aber in ihrer Gesamtheit mit dem Leitbild des Automatenaufstellvertrags und der Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme unvereinbar und deshalb nach § 138 nichtig. Der Zusammenhang macht deutlich, daß hier die speziell für AGB entwickelten Maßstäbe angelegt wurden, so daß die Unwirksamkeit auch auf § 242 oder auf den Rechtsgedanken des § 315 hätte gestützt werden können.

Außer mit diesem „materiellen“ Mangel rechtfertigt der BGH die Nichtigkeit mit den Umständen, unter denen der Vertrag zustande gekommen war. Es handle sich um „ein selten in so krasser Form anzutreffendes Beispiel für eine bewußt unklar gehaltene

12) Auf eine nähere Erörterung dieser Grundsätze wird hier verzichtet. S. auch *Helm*, JuS 1965, 126.

13) Zur zweifelhaften Abgrenzung zwischen AGB und Formularverträgen s. *Lukes*, Festschr. f. A. Hueck, 1959, S. 459 Fußn. 2 m. Nachw.

14) Allg. für Gleichbehandlung *Willh. Weber*, NJW 1969, 460.

15) NJW 1967, 376.

16) Vgl. die vom BGH selbst gegebenen Nachw. auf S. 231 I. Sp. und auf S. 232 r. Sp.

17) Zur Kritik s. *Kahn-Freund*, in: *Ramm* (Hrsg.), *ArbR und Politik*, 1966, S. 149 ff.; *Ramm*, JZ 1964, 494 ff., 546 ff., 582 ff.; *Unterseher*, *Arbeitsverhältnis und innerbetriebliche Herrschaft*, 1969, S. 64 ff., 72 ff.

Fassung von Vertragsbedingungen“. Auch in der Undurchsichtigkeit der Formulierung liege eine mißbräuchliche Verfolgung einseitiger Interessen auf Kosten des Geschäftspartners, die der Billigkeit widerspreche.

Diese beifallswerte These ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Sie erfaßt zumindest einen großen Teil der Fälle, in denen der objektive Tatbestand einer Täuschung vorliegt, die Anfechtung nach § 123 BGB aber am Fehlen oder (häufiger!) an der mangelnden Beweisbarkeit der subjektiven Seite scheitert. Der BGH hat damit eine Lücke geschlossen, die bisher nur mühsam zu überwinden war; der Schutz des schwächeren Kunden hat eine erfreuliche Erweiterung erfahren.

### III. Teilnichtigkeit oder Totalnichtigkeit?

Die vom BGH festgestellten Mängel der Formularbedingungen warfen die Frage auf, ob der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag insgesamt nichtig oder ob nur den fehlerhaften Klauseln die Anerkennung zu versagen war. Erstaunlicherweise stellte der BGH bei seinen diesbezüglichen Erörterungen nicht auf die Art und Weise des Vertragsabschlusses, sondern auf die materielle Unbilligkeit zahlreicher Vertragsbestimmungen ab, so daß ihm grundsätzliche Erörterungen zum Problem der Teilnichtigkeit nicht erspart blieben.

Zunächst wiederholte er die in früheren Entscheidungen entwickelte These, „im Wege der Auslegung“ müßten übermäßig einengende Bedingungen „nach § 242 auf das zulässige Maß zurückgeführt werden“. Ebenso rechtfertige nicht schon die Rechtswidrigkeit einer einzelnen AGB-Klausel die Nichtigkeit des ganzen Vertrags. Im vorliegenden Fall ergäbe sich jedoch auf diesem Wege ein grundlegend neuer Vertrag, zu dessen Schaffung das Gericht nicht befugt sei, da die Parteien nicht mehr erkennen könnten, mit welchen Rechten und Pflichten sie zu rechnen hätten. Wegen der vereinbarten Vertragsstrafen bringe jeder Streit um richterliche Vertragsgestaltung die Gefahr hoher Streitwerte mit sich, was für einen Pächter ohne nennenswerte Kapitalreserven eine gewichtige Einschränkung der Handlungsfreiheit bedeute. Entgegen der Regel sei daher der zwischen den Parteien bestehende Vertrag insgesamt nichtig.

#### 1. Bedenken gegen die Ausgangspunkte des BGH

Dieses Ergebnis ist neuartig, da sich die höchstrichterliche Rechtsprechung bisher durchweg für eine Aufrechterhaltung des Restvertrags entschieden hatte<sup>18</sup>. Es kann in concreto das gewiß nicht zu unterschätzende Argument der Billigkeit für sich in Anspruch nehmen; bedarf jedoch im Hinblick auf die über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung eines solchen Urteils der kritischen Würdigung.

Bedenken erwecken zunächst die beiden als Ausgangspunkt gewählten Regeln. § 242 erscheint als Rechtsgrundlage etwas schwach für die vom BGH angenommene Befugnis, unangemessene Klauseln auf ein erträgliches Maß zu reduzieren und damit auch gegen den eindeutigen Wortlaut Vertragsgestaltung zu betreiben. Ein solches Vorgehen dürfte auch kaum den mit ihm verfolgten rechtspolitischen Zweck des Kundenschutzes erreichen, da dem Unternehmer schwerlich eine Anfechtung wegen Inhaltsirrtums nach § 119 I verweigert werden könnte<sup>19</sup>. Bedeutsamer für die weiteren Erörte-

rungen ist freilich die Teilnichtigkeitsregel: Die fast allgemein akzeptierte Unanwendbarkeit des § 139<sup>20</sup> vermag sie nicht zu tragen, da sich die Totalnichtigkeit ja aus anderen Vorschriften ergeben könnte. Bevor dieser Problematik weiter nachgegangen wird, sei zunächst noch der Hinweis erlaubt, daß die vom BGH gegebene Begründung auch von seinem Standpunkt aus nicht unbedingt schlüssig ist. Der gegen die Umgestaltung des Vertrags ins Feld geführte Überraschungseffekt, die fehlende Möglichkeit der Parteien, sich auf ihre Rechte und Pflichten rechtzeitig einzurichten, besteht auch bei der vom BGH bejahten Totalnichtigkeit; auch hier ist für die Beteiligten nicht sicher vorhersehbar, ob das Gericht einen Verstoß gegen § 138 oder § 242 annehmen wird. Der einzige Unterschied besteht in der geringeren Anzahl möglicher Alternativen – eine Tatsache, die wohl kaum weitreichende Schlußfolgerungen zu rechtfertigen vermag. Dasselbe gilt für das Streitwertargument. Zwar ist es uneingeschränkt zu begrüßen, daß die Rechtsprechung überhaupt die Beschränkung der Handlungsfreiheit durch hohe Kostenrisiken zur Kenntnis nimmt und sogar als Entscheidungselement verwendet<sup>21</sup>. Auf der anderen Seite wird jedoch durch die Annahme der Gesamtnichtigkeit daran nur wenig geändert, da auch dann der durch die Vertragsstrafen in die Höhe getriebene Streitwert zum Tragen kommt.

#### 2. Die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten

Die zentrale Frage nach der Gültigkeit des Restvertrags bei Nichtigkeit einiger oder vieler Klauseln kann sinnvollerweise nicht unter Rückgriff auf die Rechtsnatur der AGB gelöst werden. Dagegen spricht die Gefahr, juristisch „stimmige“, aber wenig interessengerechte Ergebnisse zu erzielen, m. a. W. Begriffsjurisprudenz zu betreiben<sup>22</sup>; dagegen streitet weiter die Tatsache, daß auch die h. M. die AGB einmal als Teil eines Rechtsgeschäfts (so bei der „Unterwerfung“ des Kunden)<sup>23</sup> einmal wie eine Rechtsnorm behandelt (so bei der Revisibilität)<sup>24</sup>. Weiterführen kann allein eine interessenorientierte Betrachtung, die zwischen den verschiedenen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten auswählt. Dabei sind die Lösungsansätze heranzuziehen, die für andere Rechtsakte entwickelt wurden, bei denen sich das Problem der Teilnichtigkeit ja in gleicher Weise stellt. Mangels ausreichender Vorarbeiten<sup>25</sup> können die unterschiedlichen Grundsätze nur in eine vorläufige Systematik gebracht werden, wobei sich drei Gruppen ergeben:

18) Eine Ausnahme bilden lediglich einige Urteile von Instanzgerichten: *LG Hannover*, BB 1955, 299; *LG Düsseldorf*, NJW 1956, 304 m. krit. Anm. *L. Raiser*; *OLG Stuttgart*, BB 1959, 868; *OLG Hamm*, JMBINRW 1964, 111.

19) *Zutr. Esser*, SchuldR I, 4. Aufl. (1970), § 13 III 1; krit. auch *Grunsky*, *JurA* 1969, 92; *Sandrock*, AcP 159, 526; *Wilh. Weber*, NJW 1969, 461 (zum konkreten Fall).

20) *Larenz*, SchuldR I, 10. Aufl. (1970), S. 72 Fußn. 3; *L. Raiser*, Das Recht der AGB, Neudruck 1961, S. 321; *Schmidt-Salzer*, Das Recht der AGB und Versicherungsbedingungen, 1967, S. 249; dahingestellt bei *Grunsky*, *JurA* 1969, 100.

21) Zur Kritik am bish. Rechtszustand s. *Däubler*, BB 1969, 545 ff.; *Fechner*, JZ 1969, 349 ff.

22) *Zutr. Naendrup*, Die Teilnichtigkeit im Recht der AGB, 1966, S. 35.

23) Vgl. *Larenz* I, S. 68 f.

24) *Rosenberg-Schwab*, ZPR, 10. Aufl. (1969), § 144 I 4 m. Nachw.

25) Auch die Monographie von *Eschs*, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, 1966, beachtet die Parallelen in anderen Teilen der Rechtsordnung zu wenig.

(1) Die Nichtigkeit eines Teils läßt die Gültigkeit des Rests unberührt. Hierfür gibt es verschiedene Beispiele im Schuldrecht des BGB<sup>26</sup>; von der Rechtsprechung wird bei Arbeits-, Miet- und wettbewerbswidrigen Lizenzverträgen<sup>27</sup> ebenso verfahren.

(2) Die Auswirkungen der Teilnichtigkeit richten sich nach dem realen, hilfsweise nach dem hypothetischen Parteiwillen. Dies ist die Grundregel bei allen Rechtsgeschäften, wobei § 139 lediglich eine Vermutung für die Totalnichtigkeit aufstellt<sup>28</sup>.

(3) Der Eintritt der Gesamtnichtigkeit richtet sich ausschließlich nach objektiven Kriterien; hat der „gesunde“ Teil keine selbständige Bedeutung mehr, stellt er für sich keine sinnvolle Regelung der erfaßten Lebensverhältnisse dar, so verfällt er der Nichtigkeit. Nach diesem Prinzip behandelt die Rechtsprechung Gesetze<sup>29</sup>, Satzungen<sup>30</sup>, Tarifverträge<sup>31</sup> und nunmehr auch AGB<sup>32</sup>.

Diese in abstracto einleuchtende Unterscheidung darf hinsichtlich ihrer praktischen Auswirkungen nicht überschätzt werden. Der bei Rechtsgeschäften angenommene Vorrang des ausdrücklich erklärten Willens gilt auch im Bereich der Fallgruppe (3) und dürfte auch bei (1) nicht völlig ausscheiden. Soweit auf den hypothetischen Parteiwillen abgestellt wird, handelt es sich in Wahrheit um eine Interessenabwägung<sup>33</sup>, die sich hinter der „juristischen Notlüge“<sup>34</sup> verbirgt, man wolle ermitteln, was eine billig und gerecht denkende Partei vernünftigerweise gewollt habe. Eine vergleichbare Wertung liegt auch der objektiven Methode zugrunde: Die Aufrechterhaltung eines sinnlos gewordenen Restbestands dürfte ebensowenig dem Parteiinteresse entsprechen wie eine Gesamtnichtigkeit wegen der Fehlerhaftigkeit eines nebensächlichen Teils. Wie zu zeigen sein wird, können sich im Einzelfall dennoch erhebliche Unterschiede ergeben.

### 3. Die maßgeblichen Interessensgesichtspunkte

Die Entscheidung für generelle Teilnichtigkeit, die bisher allenfalls durch vage Formulierungen abgeschwächt wurde<sup>35</sup>, d. h. die Lösung (1), stützte sich auf die Erwägung, die Gesamtnichtigkeit schädige den Kunden und verfehle damit den Zweck der für die Inhaltskontrolle von AGB entwickelten Regeln; ihm liege gerade daran, an dem (zu seinen Gunsten veränderten) Vertrag festzuhalten. Diese prima facie überzeugende Argumentation sieht sich ersten Zweifeln ausgesetzt angesichts der Tatsache, daß die meisten AGB die Gesamtnichtigkeit ausdrücklich ausschließen<sup>36</sup>. Es wäre mehr als erstaunlich, wenn die Verfasser der Klauseln ihre ansonsten sehr konsequent wahrgenommenen Belange hinter denen des Kunden zurückstehen ließen, ohne durch Gesetz oder Judikatur dazu gezwungen zu sein. Der Schluß drängt sich auf, daß die Beschränkung auf Teilnichtigkeit in erheblichem Umfang auch den Interessen des Unternehmers dient, dem offensichtlich nicht an der Rückabwicklung zahlreicher Verträge liegt. Dazu kommt der meist unerwähnt bleibende „Vorzug“, daß der Unternehmer auf diese Weise alle juristischen Möglichkeiten bis knapp jenseits der Grenze der BGH-Rechtsprechung zu seinen Gunsten ausschöpfen kann, ohne mehr als die Unwirksamkeit einer einzelnen „Grenzüberschreitung“ – und damit recht wenig – zu riskieren. Der Schutzgedanke wird vollends hinfällig, wenn der Kunde gar kein Interesse am Fortbestand des Vertrags hat, da sich für ihn nur weitere Pflichten ergeben würden.

Die auf § 139 oder auf objektive Kriterien gestützte Gesamtnichtigkeit [Lösung (2) und (3)] kann für sich in Anspruch

nehmen, eine allzu unternehmerfreundliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen in weitem Umfang zu verhindern. Wegen der durch die Unwirksamkeit des Vertrags bedingten wirtschaftlichen Nachteile würden sich die Verfasser von AGB vernünftigerweise zurückhalten und nur Klauseln aufnehmen, die mit Sicherheit unbeanstandet blieben. Durch diese präventive Wirkung der Gesamtnichtigkeit wäre dem Kundenschutz besonders nachhaltig gedient. Auf der anderen Seite spricht das Kundeninteresse in all den Fällen gegen diese Lösung, in denen es um dringend benötigte Waren oder Dienstleistungen geht.

Hätten etwa die Beklagten beim Kläger zu denselben Bedingungen ihre Gaststätteneinrichtung gekauft, so kämen sie bei Nichtigkeit des Gesamtvertrags in eine recht mißliche Lage. Auch § 817 S. 2 könnte nur teilweise Abhilfe schaffen, da ihn die Rechtsprechung nur dann anwendet, wenn die Leistung als solche und nicht nur eine Vertragsbestimmung gegen Gesetz oder gute Sitten verstößt<sup>37</sup>. Selbst mit einer wegen des Ausnahmecharakters der Vorschrift fragwürdigen extensiven Interpretation wären nicht alle denkbaren Situationen zu bewältigen, da der Kunde weder Übergabe der nicht gelieferten Ware verlangen noch Sachmängel- oder Ersatzansprüche geltend machen könnte.

Die Unangemessenheit genereller Teil- wie genereller Gesamtnichtigkeit zwingt zu einer differenzierenden Lösung. Entgegen der Ansicht des BGH kann sie nicht darin liegen, bei Fehlerhaftigkeit einer Klausel Teilnichtigkeit, bei Fehlerhaftigkeit zahlreicher, den Charakter der Abmachung bestimmender Klauseln Totalnichtigkeit eintreten zu lassen<sup>38</sup>. Die Übersicht über die Interessenlage hat gezeigt, daß die Schutzbedürftigkeit des Kunden unabhängig von der quantitativen Relation zwischen gültigen und ungültigen Bedingungen besteht.

So wären etwa die Beklagten bei einem Kauf noch nicht gelieferter, aber dringend benötigter Einrichtungsgegenstände auch dann an der Erhaltung des (wenn auch veränder-

26) Vgl. die Aufzählung bei *L. Raiser*, S. 323.

27) Vgl. – in obiger Reihenfolge – *BAGE* 1, 133; 2, 9; *BGH*, MDR 1964, 495; *BGHZ* 17, 59.

28) Zutr. *Diederichsen*, ZHR 132, 232; *Soergel-Hefermehl*, BGB, 10. Aufl. (1967), § 139 Rdnr. 1. § 2085 enthält eine gegenteilige Beweisregel für letztwillige Verfügungen.

29) *BVerfGE* 2, 406; 8, 301; 17, 152; 22, 174.

30) *BGHZ* 47, 179.

31) *Hueck-Nipperdey*, Lehrb. des ArbR II/1, 7. Aufl. (1967), S. 355 m. Nachw. Das BAG wendet zwar § 139 BGB an, kommt aber zum selben Erg. – *Hueck-Nipperdey*, aaO. Fußn. 33 d.

32) So in einem obiter dictum schon *BGHZ* 47, 179.

33) *Flume*, Allg. Teil II, 1965, § 32 5; ihm folgend *Larenz*, Allg. Teil, 1967, S. 451.

34) *Mroch*, Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, 1960, S. 51.

35) Vgl. etwa *Diederichsen*, ZHR 132, 232f.; *Naendrup*, S. 15ff.; *G. Raiser*, Die gerichtliche Kontrolle von Formularbedingungen im amerikanischen und dt. Recht, 1966, S. 167 f.; *L. Raiser*, AGB, S. 320; *Sandrock*, AcP 159, 536.

36) *Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, 1968, S. 196; *Grunsky*, JurA 1969, 101.

37) *BGH*, LM § 817 Nr. 17; *OLG Karlsruhe*, Die Justiz 1965, 61; vgl. auch *Soergel-Hefermehl*, § 139 Rdnr. 23; *Palandt-Thomas*, BGB, 30. Aufl. (1971), § 817 Anm. 3.

38) Die vorl. BGH-Entsch. wurde jedoch insoweit ausdrücklich bestätigt durch *BGH*, NJW 1970, 29. Zust. auch *Grunsky*, JurA 1969, 100; *Larenz*, SchuldR I, S. 72 Fußn. 3; *Palandt-Danckelmann*, Vorb. § 145 Anm. 6 d.

ten) Vertrages interessiert, wenn dieser dieselben Mängel wie der hier zu beurteilende aufgewiesen hätte. Umgekehrt wäre für sie eine Totalnichtigkeit des Automatenaufstellungsvertrags selbst dann wünschenswert gewesen, wenn nur eine Klausel gegen § 138 oder § 242 verstoßen hätte.

Orientiert man nicht nur – wie allgemein üblich – die Beschränkung der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit am Kundenschutz, sondern läßt diesen auch für die Bestimmung der *Rechtsfolgen* maßgebend sein, so ergibt sich folgende Lösung: Die fehlerhaften Teile des Vertrags sind nichtig und werden durch die gesetzlichen Dispositivnormen, hilfsweise durch aus allgemeinen gesetzlichen Wertungen entnommene Regelungen ersetzt. Dem Kunden steht im Gegensatz zum Status quo ein Rücktrittsrecht zu, er kann sich durch einseitige Erklärung vom Vertrag lösen. Durch die Einräumung dieser Gestaltungsbefugnis wird seinen je nach der konkreten Situation verschiedenen Interessen in vollem Umfang Rechnung getragen. Außerdem verschafft die präventive Wirkung der jederzeit möglichen Gesamtnichtigkeit den von der Rechtsprechung für die Inhaltskontrolle der AGB entwickelten Regeln ein Höchstmaß an Beachtung und praktischer Durchsetzung. Die Interessen des Unternehmers müssen demgegenüber zurückstehen; durch den Eintritt der gesetzlichen Regelung ist er zudem nicht unbillig benachteiligt, da sie für einen ausgewogenen Interessenausgleich sorgt.

Rechtsdogmatisch findet dieses Rücktrittsrecht seine Grundlage in § 242, da es der effektiven Durchsetzung der aus dieser Vorschrift entnommenen Wertungen dient. Es rechtfertigt sich zusätzlich mit dem Verbot des *venire contra factum proprium*, das zunächst nur dem Unternehmer die Berufung auf die von ihm gesetzten unwirksamen Bedingungen verbietet<sup>39</sup> und damit den Kunden in die Lage versetzt, entweder an dem um die fehlerhaften Klauseln verminderten Vertrag festzuhalten oder aber seinerseits die Erfüllung der übernommenen Pflichten zu verweigern und damit faktisch vom Vertrag zurückzutreten<sup>40</sup>. Eine gewisse Parallele bieten schließlich die zum Wegfall der Geschäftsgrundlage entwickelten Grundsätze, die als *ultima ratio* ebenfalls ein aus § 242 abgeleitetes ungeschriebenes Rücktrittsrecht gewähren<sup>41</sup>.

Die Verankerung in § 242 macht gleichzeitig die Grenzen deutlich: Der Kunde würde unbillig handeln, wollte er seinen Rücktritt auf die Fehlerhaftigkeit von Klauseln stützen, die im konkreten Fall nicht zum Tragen kamen und keinerlei Rechtswirkungen entfalteten. Sind daher entgegen § 242 alle Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen, liegt aber gar kein Sachmangel vor, so kann der Kunde nicht zurücktreten, weil er aus irgendwelchen anderen Gründen nicht am Vertrag festzuhalten wünscht.

Die Annahme eines Rücktrittsrechts bei Teilnichtigkeit bedarf der Diskussion in rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Hinsicht. Die hier besprochene Entscheidung des *BGH* hat u. a. auch den Vorzug, auf die Ungelöstheit dieser Fragen aufmerksam gemacht zu haben.

39) Eine auf § 242 BGB gestützte relative Nichtigkeit wird bejaht von *BGHZ* 16, 347; *Larenz*, Allg. Teil, S. 455 f.; *Wilh. Weber*, *NJW* 1968, 7 f. m. Nachw.

40) Die Einzelheiten können hier nicht weiter verfolgt werden. Vgl. auch *BGH*, *NJW* 1967, 245.

41) *BGH*, *NJW* 1967, 1082; *Larenz*, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 3. Aufl. (1963).