

- (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung
1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder
  2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.
- (3) <sup>1</sup>Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. <sup>2</sup>Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Generalklausel als Kernstück der Inhaltskontrolle . . . . .	1	E. Gerechtigkeitsgehalt der Grundnorm . . . . .	21
B. Beurteilungszeitpunkt . . . . .	3	G. Schranken der Inhaltskontrolle . . . . .	26
C. Schutz des Vertragspartners . . . . .	4	H. Deklaratorische Klauseln . . . . .	31
D. Prüfungsreihenfolge . . . . .	5	I. Scheinbar deklaratorische Klauseln . . . . .	33
E. Rechtslagenvergleich . . . . .	7	J. Erlaubnisnormen . . . . .	35
		K. Einzelfälle . . . . .	40

**A. Generalklausel als Kernstück der Inhaltskontrolle**

§ 307 BGB ist die Generalklausel und das Kernstück der Inhaltskontrolle (vgl. auch Vor § 307 BGB Rdn. 1 ff.). Unwirksam ist hiernach, was entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Geschützt wird der Vertragspartner des Verwenders, nicht dieser und grundsätzlich auch nicht ein Dritter. Das Transparenzgebot ist eine (negative) Ausprägung unangemessener Benachteiligung. Verstöße gegen Abs. 2 stellen an sich nur eine Vermutung unangemessener Benachteiligung dar, eine Entkräftung ist praktisch nur durch Kompensation möglich. Eine Benachteiligung ist durch Interessenabwägung unter einem objektiven gesetzlichen Maßstab festzustellen. Die Risikoverteilung unter den Parteien darf nicht einseitig gestört werden. Dies ist anzunehmen, wenn berechnete Interessen des anderen Teils nicht angemessen berücksichtigt werden. Erforderlich ist eine Benachteiligung von Gewicht, eine erhebliche und spürbare Benachteiligung.<sup>1</sup> Der **Beurteilungsmaßstab** hierfür ist ein genereller. Dies gilt gleichermaßen im Individual- wie im Verbandsverfahren, bei Verwendung von AGB gegenüber Verbrauchern und gegenüber Unternehmen. Hieran ändert § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB für den B2C-Verkehr nichts. Hierdurch werden jedoch zugunsten des Verbrauchers zusätzliche Umstände berücksichtigt, sodass die Schwelle auf § 242 BGB zurückzugreifen erhöht wird. Diese individuellen Aspekte werden hier in einem zweiten Prüfungsschritt zugunsten des Verbrauchers berücksichtigt. Die generelle Interessenbewertung hat darauf abzustellen, welche Interessen typischerweise an einem derartigen Vertragstyp Beteiligte haben. Weder im Verbands- noch im Individualverfahren steht der individuelle Konflikt im Zentrum der Überprüfung. Der Rechtsverkehr soll generell von unwirksamen Klauseln befreit werden; es würde befremden, wenn im Individualverfahren die Klausel gebilligt würde, im Verbandsverfahren dagegen nicht und umgekehrt.

Eine Haftungsklausel ist deshalb unwirksam, wenn sie typische Konstellationen nicht berücksichtigt,<sup>2</sup> in denen die Haftung nicht ausgeschlossen werden darf. Es kommt also nicht darauf an, ob eine solche Konstellation im konkreten Fall vorliegt. Besondere Vertragsarten und Kundengruppen können berücksichtigt werden, wenn das Gesetz Anhaltspunkte für eine Differenzierung gibt (siehe Vor § 307 BGB Rdn. 58). Darüber hinaus zeigen die §§ 308 und 309 BGB Beispiele möglicher Differenzierungen und der Berücksichtigung individueller Umstände. Eine Berücksichtigung des Gesichtspunkts besonderer Geschäftserfahrung ist jedoch auch hiernach nicht möglich.<sup>2</sup> Klauseln, die für

<sup>1</sup> WLP/Pfeiffer, § 307 Rn. 76.  
<sup>2</sup> Niebling, BB 1992, 717; Heinrichs, NZM 2005, 201; Grüneberg/Grüneberg, § 307 Rn. 10; anders wohl WLP/Pfeiffer, § 307 Rn. 91 und 183; Staudinger/Wendland, § 307 Rn. 109 ff.; MK/Wurmnest, § 307 Rn. 41.

sich betrachtet noch zulässig sind, können im Zusammenhang mit anderen Klauseln unzulässig sein.<sup>3</sup>

### B. Beurteilungszeitpunkt

- 3 **Beurteilungszeitpunkt** ist der Vertragsschluss, die Einbeziehung der Klausel in den Vertrag;<sup>4</sup> im Verbandsverfahren grundsätzlich die (letzte) mündliche Verhandlung bzw. der Entscheidungstermin. Wegen des Grundsatzes generell abstrakter Prüfung, wird es hierauf ohnehin kaum ankommen. Allerdings ist insbesondere eine Änderung der gesetzlichen Interessenbewertung denkbar. Hierbei ist zu fragen, ab wann das neue Gesetz gilt und ob dieses nur klarstellenden Charakter hat. Fragen der ex post- und ex ante-Betrachtung führen am Thema vorbei.<sup>5</sup>

### C. Schutz des Vertragspartners

- 4 Der **Schutz des Vertragspartners** ist nach dem Wortlaut das primäre Ziel der Inhaltskontrolle, **Dritte** und der Verwender werden damit grundsätzlich nicht geschützt.<sup>6</sup> Wird der Dritte jedoch mittelbar über den Vertragspartner betroffen, finden seine Interessen Eingang in die Interessenabwägung.<sup>7</sup> Eine analoge Anwendung von § 307 BGB bei Verletzung von Drittinteressen ist denkbar in Fällen, in denen sonst auf § 242 BGB zurückgegriffen werden müsste.

### D. Prüfungsreihenfolge

- 5 § 307 Abs. 2 BGB ist getrennt in Nr. 1 und 2 und das Verhältnis der Spezialität. Prüfungsreihenfolge ist: § 307 Abs. 1 Satz 2 (Transparenzgebot), § 307 Abs. 2 Nr. 2, § 307 Abs. 2 Nr. 1, § 307 Abs. 1 Satz 1, wobei viele Übergänge fließend sind. Wird Abs. 2 bejaht, so ist Abs. 1 nicht mehr zu prüfen; dagegen sind Kompensationsmöglichkeiten zu prüfen, falls diese aufgeworfen werden. Die Tatbestände von Abs. 2 Nr. 1 und 2 sind verschiedene Aspekte einer Bewertung.<sup>8</sup> Hier besteht keine zwingende Prüfungsreihenfolge.<sup>9</sup> Bei Anwendung von Abs. 2 trägt nicht etwa der Verwender die Beweislast der (dennoch bestehenden) Angemessenheit.<sup>10</sup> Vielmehr ist unter Anwendung der generell abstrakten Beurteilung von Amts wegen zu fragen, ob etwa eine Kompensation erfolgen kann.
- 6 Die Vermutung der unangemessenen Benachteiligung stellt zugleich eine Vermutung für einen Verstoß gegen Treu und Glauben dar.<sup>11</sup> Die Üblichkeit einer Klausel stellt keine Widerlegung der Vermutung der unangemessenen Benachteiligung dar.<sup>12</sup> Unerheblich ist auch, ob der Kunde nachträglich der Klausel zustimmt.<sup>13</sup> Nur durch eine Individualvereinbarung kann eine Klausel nachträglich aus der Inhaltskontrolle genommen werden.

### E. Rechtslagenvergleich

- 7 Eine Unvereinbarkeit mit **wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung** – Abs. 2 Nr. 1 setzt zunächst voraus zu bestimmen was ohne die zu überprüfende Klausel gilt. Es ist daher ein

3 BGH v. 9.12.2010 – VII ZR 7/10 (Vertragserfüllungsbürgschaft); OLG Köln v. 22.7.2008 – 15 U 229/07; *Niebling*, BB 1992, 717.

4 BGH v. 27.1.2022 – III ZR 3/21; WLP/Pfeiffer, § 307 Rn. 93; Stoffels, AGB-R, Rn. 472.

5 *Löwe*, BB 1982, 648; WLP/Pfeiffer, § 307 Rn. 94.

6 Zu eBay BGH v. 11.5.2011 – VIII ZR 289/09: keine Haftung des Kontoinhabers gegenüber den Auktionsteilnehmern.

7 BGH v. 21.7.2010 – XII ZR 189/08.

8 WLP/Pfeiffer, § 307 Rn. 97.

9 Staudinger/Wendland, § 307 Rn. 84 und vor § 307 Rn. 13; vgl. auch BGH NJW-RR 2005, 1135; NJW 2005, 1275; MK/Wurmnest § 307 Rn. 25.

10 So aber WLP/Pfeiffer, § 307 Rn. 100.

11 Zutreffend Soergel/Fritsche, § 307 Rn. 31; anders WLP/Pfeiffer, § 307 Rn. 101.

12 BGH NJW 1991, 2414.

13 Anders WLP/Pfeiffer, § 307 Rn. 103 zu Unrecht unter Hinweis auf § 38 Abs. 3 Nr. 1 ZPO.

Rechtslagenvergleich erforderlich, die Rechtslage mit der Klausel wird mit der Rechtslage ohne die Klausel verglichen. Dieser **Rechtslagenvergleich**<sup>14</sup> ist sowohl bei der Inhaltskontrolle wie auch bei der Frage, ob eine Klausel der Inhaltskontrolle unterworfen ist – § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB – notwendig. Dieser Betrachtung hat sich auch der Bundesgerichtshof angeschlossen.<sup>15</sup> Hierbei ist das dispositive Gesetzesrecht heranzuziehen, aber auch ein Regelungsgehalt, der aus §§ 157, 242 BGB gewonnen werden könnte.<sup>16</sup> Unter Rechtsvorschriften sind daher nicht nur Gesetzesvorschriften im materiellen Sinne zu verstehen, sondern auch die Natur des Vertrags und sonst allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze.<sup>17</sup>

Letztlich führt auch der EuGH einen Rechtslagenvergleich durch:

*»Anhand einer solchen vergleichenden Betrachtung kann das nationale Gericht bewerten, ob – und gegebenenfalls inwieweit – der Vertrag für den Verbraucher eine weniger günstige Rechtslage schafft, als sie das geltende nationale Recht vorsieht (Urteil vom 26. Januar 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, Rn. 59).«<sup>18</sup>*

Soll mit einer Klausel eine Verbesserung gegenüber der gesetzlichen Regelung erzielt werden, etwa indem diese einen »Erziehungseffekt« beinhaltet, so reicht dies für die Durchführung einer Inhaltskontrolle aus.<sup>19</sup> Damit erschließt sich in dieser Frage sowohl das Ob einer Inhaltskontrolle (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB) wie auch das Kriterium für die Durchführung der Inhaltskontrolle nach Abs. 2 wie auch Abs. 1, einschließlich dem Transparenzgebot. Die Inhaltskontrolle soll daher den von der AGB-Klausel abweichenden Gerechtigkeitsgehalt der dispositiven Norm zur Geltung bringen und der Verwender soll zurück in die Werteordnung von Gesetz und Recht geführt werden. Vertragsklauseln sind daher an den normativen Wertungen der gesetzlichen Interessenbewertung zu messen. Damit kann der Vertrag wie auch Vertragsklauseln nicht darauf überprüft werden, ob dieser sinnvoll ist oder die Klauseln sinnvoll oder sachgerecht sind. Auch können die normativen Maßstäbe der Interessenbewertung nicht aus der Vereinbarung zwischen den Parteien entnommen werden, denn hierdurch hätten es die Parteien selber in der Hand, die normativen Bewertungsgrundsätze ihrer Vereinbarung zu bestimmen.<sup>20</sup> Entscheidend ist nicht, ob für den konkreten Vertrag eine gesetzliche Regelung im dispositiven Recht vorhanden ist, die passt, vielmehr kommt es im **Verbands- wie im Individualverfahren** darauf an, welche Qualität **Rechtsvorschriften**<sup>21</sup> haben müssen, um eine Inhaltskontrolle durchzuführen. Gemeint sind zwar nicht primär **zwingende Normen**, denn bei einem Verstoß hiergegen kann offenbleiben, ob AGB oder Individualvereinbarungen vorliegen. Zwingende Normen eröffnen jedoch in jedem Fall eine Rechtslagendivergenz. Der Verstoß gegen zwingendes Recht, etwa § 651h BGB, stellt sogar eine besonders intensive Rechtslagendivergenz dar und das Unterlassungsverfahren wie auch das Vorgehen von Wettbewerbern nach dem UWG steht hier offen. Nicht fern liegt auch der Gedanke, das **Transparenzgebot** selbst als zwingende Norm in diesem Sinne zu begreifen; es wurde ja ursprünglich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen i.V.m. § 9 AGBG und § 11 Nr. 10b AGBG abgeleitet und ist sachlich nur zur Klarstellung in § 307 Abs. 1 Satz 2

14 Niebling, BB 1984, 1713; Niebling, Die Schranken der Inhaltskontrolle nach § 8 AGBG, 1988, S. 22, 126; Niebling, WM 1992, 845, 848; der Begriff wurde später vielfach übernommen; etwa Staudinger/Coester, Eckpfeiler (2011) E Rn. 62; MK/Wurmnest, § 307 Rn. 6; in der Sache auch UBH/Fuchs § 307 Rn. 14 ff., 25; Staudinger/Wendland, § 307 Rn. 281, 294; WLP/Pfeiffer, § 307 Rn. 331; H-P. Westermann in 10 Jahre AGB-R S. 135, 143; Stoffels, AGB-R, 4. Aufl., Rn. 432; zuletzt auch BGH v. 13.1.2011 – III ZR 78/10 (Platzmietpauschale).

15 BGHZ 93, 358 = NJW 1985, 3013 (Zusatzwasser).

16 BGHZ 93, 358 = NJW 1985, 3013, 3014 (Zusatzwasser).

17 Staudinger/Wendland, § 307 Rn. 294; UBH/Fuchs § 307 Rn. 26; MK/Wurmnest § 307 Rn. 7; Erman-Looschelders § 307 Rn. 40; Niebling, Schranken der IK, S. 107.

18 EuGH v. 8.12.2022, C 600/21.

19 BGHZ 93, 358 = NJW 1985, 3013, 3014 (Zusatzwasser); Niebling, BB 1984, 1717.

20 Niebling, WM 1992, 845.

21 Die Begriffe »gesetzliche Regelung« (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und »gesetzliche Vorschriften« (§ 306 Abs. 2 BGB) sind hierzu gleichbedeutend.

BGB übernommen worden. Sie erklärt, weshalb hier stets von einer Rechtslagendivergenz bei Verstoß gegen das Transparenzgebot auszugehen ist. **Dispositive Normen**, die nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen, stehen im Vordergrund des erforderlichen Rechtslagenvergleichs, sie sind die primär gemeinten Bezugsnormen und der eigentliche Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle. Dies bedeutet umgekehrt: Werden Preise und Leistungen durch das Gesetz geregelt, so sind Abweichungen hierzu, auch soweit Mindest- oder Höchstsätze über- oder unterschritten werden, kontrollfähig. Maßstab einer Inhaltskontrolle können auch **analog anwendbare Rechtsnormen** sein. Soweit etwa Handelsvertreterrecht auf Vertragshändler analog anzuwenden ist, so bei § 89b HGB, liegt auch eine Rechtslagendivergenz bei einer abweichenden Regelung in Vertragshändlerverträgen vor.<sup>22</sup> Auch der Bundesgerichtshof hat schon sehr früh erkannt, dass eine Inhaltskontrolle nicht nur gegenüber solchen Klauseln stattfindet, »durch die eine von den nachgiebigen Rechtsvorschriften abweichende Regelung getroffen« werde, sondern auch gegenüber solchen, »die eine vom Gesetzgeber bewusst oder unbewusst gelassene Lücke ausfüllen«.<sup>23</sup> Nicht entscheidend ist hierbei jedoch die Lücke, sondern dass es **ungeschriebene Rechtsgrundsätze** gibt, die eingreifen.

- 9 Es kommt also nicht darauf an, ob der vergleichbare Gerechtigkeitsgehalt aus einer (ausdrücklichen) gesetzlichen Bestimmung folgt oder aber der **Natur des Vertrags** oder dem **Vertragszweck**; beides wird ausdrücklich in § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB als Gerechtigkeitsgehalt benannt und bestätigt.<sup>24</sup> **Derartige ungeschriebene Grundsätze sind etwa** (Beispiele aus der Rechtsprechung):
- Recht des Käufers, über Art und Menge der zu liefernden Ware zu bestimmen;<sup>25</sup>
  - Leistungs- und Schutzpflichten aus § 242 BGB, sofern diese nur im Hinblick auf den Vertrag so wesentlich sind, dass eine Freizeichnung des AGB-Verwenders eine angemessene Risikoverteilung empfindlich stören würde;<sup>26</sup>
  - Rechtsgrundsätze, die von Rechtsprechung und Rechtslehre durch Auslegung, Analogie oder Rechtsfortbildung aus den gesetzlichen Vorschriften abgeleitet werden;<sup>27</sup>
  - allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze;<sup>28</sup>
  - allgemeine, am Gerechtigkeitsgedanken ausgerichtete und auf das betreffende Rechtsgebiet anwendbare Grundsätze, wie Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung;<sup>29</sup>
  - die geschriebenen und ungeschriebenen Normen des Vertragsrechts.<sup>30</sup>

► **Beispiel:**

Erhält ein gewerblicher Autohändler für den Vermittlungsauftrag eine Provision, so kann er nicht zusätzlich eine Platzmietpauschale verlangen.<sup>31</sup>

- 10 Derartige Grundsätze können nicht mit **Richterrecht** gleichgesetzt werden.<sup>32</sup> Zunächst bestehen Bedenken, Richterrecht als Rechtsquelle anzusehen; der Begriff ist auch problematisch, weil er zu der unrichtigen Annahme verleitet, dass jeder Richterspruch derartiges Richterrecht verkörpern könne und eine einmal eingeschlagene Rechtsprechung als Vergleichsmaßstab im Rahmen von § 307

22 Hierzu *Niebling*, WRP 2011, 909 und 1269; zur HOAI BGH v. 3.11.2022 – VII ZR 724/21; BGH v. 2.6.2022 – VII ZR 229/19 und Stichwort -Architektenverträge.

23 BGH NJW 1983, 1671; *Niebling*, WM 1992, 845, 846.

24 Zuletzt auch BGH v. 13.1.2011 – III ZR 78/10 (Platzmietpauschale); BAG v. 21.2.2017 – 3 AZR 297/15; BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21 (Fernabschaltung einer Autobatterie); BGH v. 28.9.2022 – VIII ZR 319/20 (Schmähhkritik eBay); BGH v. 13.7.2022 – VIII ZR 317/21 (Eintrittskartenvertrieb).

25 BGH WM 1983, 757 = NJW 1983, 1671.

26 BGHZ 83, 301 = WM 1982, 658.

27 BGH NJW 1983, 1671; BGHZ 100, 157 = WM 1987, 652.

28 BGHZ 89, 206 = WM 1984, 314; BGHZ 93, 358 = WM 1985, 576 = NJW 1985, 3013, 3014 (Zusatzwasser).

29 BGHZ 96, 103 = WM 1995, 1447.

30 BGH WM 85, 780 = NJW 1985, 2585.

31 Zuletzt auch BGH v. 13.1.2011 – III ZR 78/10 (Platzmietpauschale).

32 Vgl. *WLP/Pfeiffer*, § 307 Rn. 108.

BGB herangezogen werden muss.<sup>33</sup> Dagegen ist **Gewohnheitsrecht** ein Vergleichsmaßstab.<sup>34</sup> **Handelsbräuche** können nur herangezogen werden, soweit diese dem Maßstab von Treu und Glauben standhalten. Die Üblichkeit selber ist noch kein Vergleichsmaßstab.<sup>35</sup> Die Üblichkeit ist weder ein Garant für Angemessenheit noch ist sie bei der Inhaltskontrolle zu beachten.<sup>36</sup> Auch die **ergänzende Vertragsauslegung** kann Vergleichsmaßstab sein, wenn der Vertrag von vorneherein eine Lücke aufweist, da diese Lücke nach dem Vertragszweck, also einem normativen Element, geschlossen wird. Hiervon zu trennen ist die Frage, ob bei Entfall der Klausel eine ergänzende Vertragsauslegung möglich ist oder dem Sinn und Zweck der Inhaltskontrolle widerspricht (siehe hierzu Vor § 307 BGB Rdn. 40). Allgemein kann der **Vertragsinhalt** nicht zum Vergleichsmaßstab herangezogen werden. So hängt die Inhaltskontrolle nicht davon ab, ob die Bausparer mit der Abschlussgebühr eine vertraglich geschuldete Gegenleistung abgelten (so der Bundesgerichtshof<sup>37</sup>). Was vertraglich, d.h. durch Vertrag, geschuldet ist, ist nicht der Vergleichsmaßstab nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB; Vergleichsmaßstab ist, was kraft Gesetzes geschuldet ist.

Das **Äquivalenzprinzip** kann nicht allgemein zum Instrument richterlicher Preis- und Leistungs- 11  
kontrolle gemacht werden.<sup>38</sup> Klauseln, die jedoch nicht nur die Höhe der Vergütung sondern in abstrakter Weise auch die Voraussetzungen ihres Entstehens regeln und einen »versteckten Sanktionscharakter« haben, führen aus dem Bereich der bloßen Entgeltregelung heraus und unterliegen der Inhaltskontrolle.<sup>39</sup> Gegen das Äquivalenzprinzip verstößt es auch, wenn die Klausel dem Verwender das volle Entgelt auch für den Fall zuspricht, dass der Verwender noch gar keine oder eine nur ganz geringfügige Tätigkeit entfaltet hat.<sup>40</sup> Formalmäßige **Preisänderungs- und Preisanpassungsrechte** dürfen grundsätzlich die bei Vertragsschluss vorausgesetzte Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung nicht verschieben;<sup>41</sup> sie dürfen dem Verwender auch nicht jede einseitige Änderung oder Anhebung ermöglichen.<sup>42</sup> Dies gilt auch bei Preisanpassungsklauseln bei der **Strom- und Gasversorgung** und – soweit eine Inhaltskontrolle überhaupt erfolgen kann – bei der **Fernwärme** in Fällen von § 1 Abs. 3 Satz 1 AVB FernwärmeV und bei der Belieferung von Industriekunden.<sup>43</sup> Eine unangemessene Preisanpassungsklausel wird i.d.R. nicht durch ein Sonderkündigungsrecht kompensiert.<sup>44</sup> Dies gilt auch bei einer intransparenten Preisanpassungsklausel. Der BGH bejaht jedoch eine ergänzende Vertragsauslegung, wonach der Grundversorger berechtigt ist, Steigerungen seiner Bezugskosten, soweit diese nicht durch Kostensenkungen in anderen Bereichen ausgeglichen werden, während der Vertragslaufzeit an seine Kunden weiterzugeben.<sup>45</sup>

Eine **Nachbewertungsklausel der Treuhandanstalt** wurde vom Bundesgerichtshof zu Unrecht der 12  
Inhaltskontrolle entzogen.<sup>46</sup>

33 Bereits *Niebling*, WM 1992, 845, 846; im Ergebnis auch *v. Hoyningen-Huene*, Rn. 249.

34 *Niebling*, WM 1992, 845, 846; *WLP/Pfeiffer*, § 307 Rn. 108.

35 *Niebling*, WM 1992, 845, 847; BGHZ 91, 316 = WM 1984, 999 (Fahrzeiten).

36 BGH v. 18.1.2017 – VIII ZR 263/15 in Rn. 36 (Leasing Rückgabeklausel).

37 BGH v. 7.12.2010 – XI ZR 3/10.

38 BGHZ 93, 358 = WM 1985, 576 = NJW 1985, 3013, 3014 (Zusatzwasser); BGH NJW 1981, 1749 (Leasing); ein Verstoß gegen Verfassungsrecht kommt gleichwohl nicht in Betracht: BVerfG v. 7.9.2010 – 1 BvR 2160/09.

39 BGHZ 93, 358 = WM 1985, 576 = NJW 1985, 3013, 3014 (Zusatzwasser).

40 BGH WM 1984, 898 = NJW 1984, 2162.

41 *Paulusch* in: 10 Jahre AGBG, RWS Forum 2 S. 70; BGH v. 22.2.2002 – V ZR 251/00 (Treuhandanstalt) (abzulehnen).

42 BGHZ 82, 21; BGHZ 93, 252 = BB 1985, 1223; BGH NJW 1990, 115; BGH v. 14.7.2010 – VIII ZR 246/08 (Erdgas).

43 BGH v. 6.4.2011 – VIII ZR 273/09; BGH v. 24.10.2010 – VIII ZR 178/08; BGHZ 185, 96; BGHZ 178, 362; BGH v. 15.1.2014 – VIII ZR 80/13; hierzu ausführlich Stichwort Preis- und Prämienanpassung.

44 BGH v. 21.9.2016 – VIII ZR 27/16.

45 BGH v. 15.12.2015 – VIII ZR 76/13.

46 BGH v. 22.2.2002 – V ZR 251/00 (Treuhandanstalt); *Niebling*, WM 1992, 845.



- 13 **Überziehungsentgelte der Banken** können gegen das Äquivalenzprinzip verstoßen und unterliegen der Inhaltskontrolle (siehe auch Stichwort »Banken«).<sup>47</sup> Auch im Zusammenhang mit dem P-Konto haben Klauseln gegen das Äquivalenzprinzip verstoßen (siehe auch Stichwort »Banken«).<sup>48</sup>
- 14 **Preis Anpassungsklauseln in Gaslieferverträgen** müssen transparent sein und den Verbraucher über das Maß möglicher Anpassung möglichst präzise informieren.<sup>49</sup>
- 15 Dies hat der Bundesgerichtshof nun mehrfach entschieden.<sup>50</sup> Auch eine Spannungsklausel in einem Erdgassondervertrag, wonach der Preis an den Preis von Heizöl anknüpft, ist unangemessen.<sup>51</sup> Bei **Zinsänderungsklauseln** gelten die gleichen Grundsätze. Zum Prämiensparvertrag hat der Bundesgerichtshof eine ergänzende Vertragsauslegung zugunsten des Kunden vorgenommen,<sup>52</sup> soweit die Zinsänderungsklausel unwirksam ist.
- 16 Eine **Zeittaktklausel** in Rechtsanwalts-AGB, wonach auch bei kurzen Tätigkeiten jeweils 15 Minuten angesetzt werden unterliegt der Inhaltskontrolle und ist unwirksam.<sup>53</sup> Ein Gutachten der Rechtsanwaltskammer ist insoweit nicht einzuholen. Auch **Mindestvergütungsklauseln** unterliegen der Inhaltskontrolle und sollen – soweit zulässig – individuell vereinbart werden. Eine **Mindestlaufzeit** eines anwaltlichen Beratungsvertrages scheidet schon an § 627 BGB.
- 17 Auch **Verfallklauseln** können gegen das Äquivalenzprinzip verstoßen, so wenn beim Finanzierungsleasing für den Fall der Kündigung des Leasinggebers (etwa bei Verzug des Leasingnehmers) die gesamten rückständigen wie auch künftigen Leasingraten fällig werden sollen.<sup>54</sup> Das Äquivalenzprinzip ist auch gestört, wenn infolge Nichtbeschaffung der Leasing Sache und damit zugleich Nichterfüllung der dem Leasinggeber obliegenden Hauptpflicht der Gebrauchsüberlassung zwar der Leasinggeber von allen Verpflichtungen befreit wird, der Leasingnehmer im praktischen Ergebnis aber einen Teil seiner Gegenleistung, die Leasingrate, aufbringen muss.<sup>55</sup> Auch **Vorkasseklauseln** können gegen das Äquivalenzprinzip verstoßen.<sup>56</sup> **Wertstellungsklauseln** verstoßen im Einzelfall gegen das Äquivalenzprinzip, da dem Kunden eine Zinspflicht für einen in Wahrheit nicht bestehenden Schuldsaldo auferlegt wird.<sup>57</sup> **Vertragstypische Erwartungen des Kunden** können in die Beurteilung einfließen.<sup>58</sup> Die Unwirksamkeit der Kautionsklausel in Reise-AGB begründete der Bundesgerichtshof damit, dass diese geeignet sei, die Leistung, »die der Reisende nach dem Gegenstand und Zweck des Vertrages erwarten darf, in unangemessener Weise zu beeinträchtigen«.<sup>59</sup> Ebenso ist zu beanstanden,

47 Niebling, VuR 2011, 283; a.A. Cahn, WM 2010, 1197; ausführlich Stichwort Banken.

48 BGH v. 16.7.2013 – XI ZR 260/12 Rn. 37.

49 Siehe Stichwort Prämien- und Preis Anpassung; BGH v. 15.7.2009 – VIII ZR 225/07, NJ 2009, 509 m. Anm. Niebling, Anm. Zabel, BB 2009, 2282; Anm. Büdenbender, NJW 2009, 3125; Kessler/Schwedler, BB 2010, 585; OLG Frankfurt v. 5.5.2009 – 11 U 61/07 (Kart); BGH v. 29.4.2008 – KZR 2/07; BGH v. 17.12.2008 – VIII ZR 274/06, WM 2009, 321; BGH v. 28.10.2009 – VIII ZR 320/07; BGH v. 26.1.2010 – VIII ZR 312/08; BGH v. 13.1.2010 – VIII ZR 81/08 (Vertrag bleibt i.Ü. wirksam); OLG Oldenburg v. 12.2.2010 – 6 U 164/09; kein einseitiges Preis Anpassungsrecht bei Normsonderkundenverträgen; BGH v. 18.10.2009 – VIII ZR 320/07, MDR 2010, 67; BGH v. 14.7.2010 – VIII ZR 246/08 (Erdgas); BGH v. 9.2.2011 – VIII ZR 162/09 (Vorlage an den EuGH).

50 BGH v. 24.3.2010 – VIII ZR 178/08 (HEL), MDR 2010, 681; BGH v. 24.3.2010 – VIII ZR 307/08, MDR 2010, 681, hier auch zur Einstellung der Gasversorgung bei Zahlungsverzug; BGH v. 27.1.2010 – VIII ZR 326/08, MDR 2010, 685; hierzu auch Makert, ZMR 2009, 898.

51 BGH v. 24.4.2010 – VIII ZR 178/08.

52 BGH v. 13.4.2010 – XI ZR 197/09, VuR 2010, 267 m. Anm. Niebling = BGH WM 2010, 933.

53 BGH v. 13.2.2020 – IX ZR 140/19; bereits OLG Düsseldorf v. 18.2.2010 – 24 U 183/05; LG Köln v. 18.10.2016 – 11 S 302/15.

54 BGH WM 1984, 933 = NJW 1984, 2687; BGH NJW 1982, 870.

55 BGHZ 96, 103 = WM 1985, 1447; BGH BB 1987, 1972.

56 So im Reisevertrag; BGHZ 100, 157 = NJW 1987, 1931.

57 BGHZ 106, 259 = NJW 1989, 582 m. Anm. Niebling.

58 Niebling, WM 1992, 845, 848; Niebling, VuR 2011, 283 zu Banken-AGB.

59 BGH NJW 1990, 317, 319.

dass bei Befristung der Telefonkarte das Restguthaben nicht gutgeschrieben wird.<sup>60</sup> Ebenso widerspricht es dem Vertragszweck, wenn im Rahmen eines Tank-Scheck-Systems die besondere Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Abrechnung übernommen, gleichzeitig aber deren charakteristischer Inhalt, die Haftung bei nicht ordnungsgemäßer Abrechnung, ausgeschlossen wird.<sup>61</sup> Bei Internatsverträgen gehört hierzu ein Recht zur ordentlichen Kündigung in der Probezeit.<sup>62</sup> **Leistungs- vorbehalte** sind am **Grundsatz** zu messen, **dass der Kunde bei Vertragsschluss über die Reichweite seiner Rechte aufzuklären ist.**<sup>63</sup> Auch Erklärungen vor dem eigentlichen Vertrag können unwirksam sein, etwa zu lange vorformulierte Bindungsfristen.<sup>64</sup>

Die **Rechtsunsicherheit** ist dagegen im Rahmen des **Transparenzgebots** zu berücksichtigen. Klauseln, die geeignet sind, den Kunden von der Geltendmachung seiner Rechte abzuhalten, da sie Rechtspositionen verschleiern, sind kontrollfähig (siehe Vor § 305 BGB Rdn. 9).<sup>65</sup> 18

Auch § 242 BGB kann im Rahmen der Konkretisierung ungeschriebener Rechtsgrundsätze herangezogen werden und ist insoweit Rechtsvorschrift i.S.v. § 307 BGB.<sup>66</sup> So war die Möglichkeit des Einwendungsdurchgriffs beim finanzierten Anzahlungskauf aus § 242 BGB herzuleiten und insoweit Maßstab für die Beurteilung von Trennungsklauseln, wonach der Kreditnehmer den Kredit voll zurückzahlen hatte, unabhängig davon, ob er die Waren nicht oder nur mangelhaft erhalten hat, und unabhängig davon, ob der Kaufvertrag aufgelöst worden ist oder die auf den Kaufvertrag gerichtete Willenserklärung widerrufen wurde.<sup>67</sup> 19

Unerheblich ist, **aus welchem Rechtsgebiet** die Vergleichsnorm resultiert, entscheidend ist, ob dieser ein Gerechtigkeitsgehalt zukommt, der dem AGB-Recht unterfallen soll.<sup>68</sup> 20

## F. Gerechtigkeitsgehalt der Grundnorm

**Wesentliche Grundgedanken** der gesetzlichen Regelung sind nach der Rechtsprechung solche, die nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen, sondern eine Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots darstellen.<sup>69</sup> Dies wird vielfach kritisiert.<sup>70</sup> Gemeint ist, dass der **Bezugsnorm ein Gerechtigkeitsgehalt** zukommen muss. Nur dann kann in einem zweiten Schritt die Interessenabwägung erfolgen. Hier reicht das Spektrum von einer Missachtung des Vertragszwecks bis zu einer nicht ausreichenden Berücksichtigung der Interessen des anderen Teils. Zulässig ist dagegen eine unerhebliche Beeinträchtigung der Interessen des Kunden oder eine ausreichende Kompensation im Rahmen zusammengehöriger Regelungssachverhalte (siehe Vor § 307 BGB Rdn. 55).<sup>71</sup> Auch ein überwiegendes oder gleichwertiges Interesse des Verwenders kann eine Klausel rechtfertigen.<sup>72</sup> Das Rationalisierungsinteresse ist hierbei nicht zugunsten des Verwenders zu berücksichtigen,<sup>73</sup> da die gesetzliche Regelung gleichermaßen den typischen Regelfall im Auge hat. 21

**Abs. 2 Nr. 2** stellt auf eine **den Vertragszweck gefährdende Einschränkung wesentlicher Rechte und Pflichten** ab. Hierdurch wird kein Gegensatz zu Nr. 1 aufgezeigt, sondern lediglich ein besonderer 22

60 BGH NJW 2001, 2635.

61 BGH NJW 1995, 914, 916.

62 BGH NJW 1985, 2585.

63 Niebling, WM 1992, 845, 848.

64 BGH v. 17.1.2014 – V ZR 5/12 (Bauträgervertrag).

65 BGH NJW 2006, 996; Beck'scher Online-Kommentar/Schmidt, § 307 Rn. 42.

66 Niebling, WM 1992, 845, 848.

67 BGHZ 95, 350 = NJW 1986, 43.

68 WLP/Pfeiffer, § 307 Rn. 109; hierbei können sozialrechtliche Normen ausscheiden: BGH NJW-RR 2005, 1189.

69 BGH NJW-RR 1996, 1009.

70 Wohl anders WLP/Pfeiffer, § 307 Rn. 117; Beck'scher Online-Kommentar/Schmidt, § 307 Rn. 53.

71 Auch WLP/Pfeiffer § 307 Rn. 127.

72 BGH NJW 1991, 1886, 1888; auch WLP/Pfeiffer, § 307 Rn. 129.

73 Anders WLP/Pfeiffer, § 307 Rn. 129.

mäßigen Haftungserweiterung in einem Bürgschaftsvertrag aufheben können.<sup>1618</sup> Die Beweislast hierfür trägt allerdings der Verwender der Klausel.<sup>1619</sup>

- 788 Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine Sicherungszweckerklärung, die die Haftung neben vertraglichen Ansprüchen auf **bereicherungsrechtliche Ansprüche** des Gläubigers gegen den Hauptschuldner erstreckt, nicht zu beanstanden.<sup>1620</sup> Der Bürge, der sich für eine Forderung verbürgt, müsse damit rechnen, dass er auch bei Nichtigkeit des Vertrags haftet. Problematisch ist diese Rechtsprechung dann, wenn entweder der Bürge nicht damit gerechnet hat, dass der Vertrag nichtig sein könnte<sup>1621</sup> oder wenn die Nichtigkeit des Vertrags gerade durch den Bürgenschutz begründet ist.<sup>1622</sup> Ob Bereicherungsansprüche von der Bürgenhaftung erfasst sind, ist daher richtigerweise im Einzelfall anhand des Parteiwillens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu ermitteln.<sup>1623</sup> Eine Haftung für **Schadensersatzansprüche**, die an die Stelle der Hauptforderungen treten, dürfte hingegen uneingeschränkt in AGB vereinbart werden können. Sie bedeutet keine Durchbrechung des Akzessoriumsgrundsatzes.<sup>1624</sup>

### 2. Verstoß gegen § 307 BGB

- 789 Weite Sicherungszweckerklärungen in AGB können neben § 305c Abs. 1 und § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB auch an § 307 Abs. 1 und 2 BGB scheitern. **Praktische Bedeutung** hat dies, weil ein Hinweis auf die Reichweite einer Sicherungszweckerklärung den Überraschungscharakter einer Klausel und damit die Anwendung von § 305c Abs. 1 BGB, nicht aber von § 307 BGB ausschließen kann.<sup>1625</sup> Im Gegensatz zu § 305c Abs. 1 BGB ist bei der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB ein **objektiver Maßstab** anzuwenden.<sup>1626</sup> Entscheidend ist das objektive Bestehen einer Anlassverbindlichkeit für die Übernahme der Bürgschaft.<sup>1627</sup> Auf die Vorstellungen des Bürgen kommt es nicht an.<sup>1628</sup> Eine weite Sicherungszweckerklärung ist gem. § 307 BGB unabhängig davon unwirksam, ob der Bürge die Reichweite seiner Erklärung erkannt hat, wenn sie Forderungen erfasst, die **objektiv nicht Anlass der Bürgschaftsübernahme** waren.<sup>1629</sup> Dies gilt vor allem, wenn die Bürgschaft zu einer Haftung für Forderungen führt, die selbst oder in Kombination mit der Anlassforderung der Höhe nach über das zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger **vereinbarte Kreditlimit** hinausgehen.<sup>1630</sup> Es

1618 BGH, Urt. v. 1.6.1994 – XI ZR 133/93, BGHZ 126, 174, 180 = WM 1994, 1242; kritisch: *Rösler/Fischer*, BKR 2006, 50, 52; *UBH/Fuchs/Zimmermann*, Teil 2 (14) Rn. 2 a.E.

1619 BGH, Urt. v. 1.6.1994 – XI ZR 133/93, BGHZ 126, 174, 180 = WM 1994, 1242.

1620 BGH, Urt. v. 21.11.1991 – IX ZR 60/91, BB 1992, 167, 168; BGH, Urt. v. 15.3.2001 – IX ZR 273/98, WM 2001, 950, 951; a.A. *WLP/Schmidt*, Klauseln B363.

1621 *Tiedke*, ZIP 1995, 521, 523.

1622 *UBH/Fuchs/Zimmermann*, Teil 2 (14) Rn. 6.

1623 So auch *Grüneberg/Sprau*, § 765 Rn. 21.

1624 OLG Köln, Beschl. v. 17.1.2011 – 5 U 138/10, BeckRS 2011, 18445; *WLP/Schmidt*, Klauseln B363.

1625 *Nobbe*, BKR 2002, 747, 750.

1626 BGH, Urt. v. 15.7.1999 – IX ZR 243/98, BGHZ 142, 213, 218 = WM 1999, 1761.

1627 BGH, Urt. v. 15.7.1999 – IX ZR 243/98, BGHZ 142, 213, 218 = WM 1999, 1761.

1628 BGH, Urt. v. 18.5.1995 – IX ZR 108/94, BGHZ 130, 19, 33 = WM 1995, 1397; BGH, Urt. v. 18.1.1996 – IX ZR 69/95, BGHZ 132, 6, 9 = WM 1996, 436; *Nobbe*, BKR 2002, 747, 751; a.A. *Dähn*, ZBB 2000, 61, 64; *Trapp*, ZIP 1997, 1279, 1281; *Horn*, ZIP 1997, 525, 529.

1629 BGH, Urt. v. 18.5.1995 – IX ZR 108/94, BGHZ 130, 19 = WM 1995, 1397 = NJW 1995, 2553, 2556; BGH, Urt. v. 7.3.1996 – IX ZR 43/95, WM 1996, 766 = NJW 1996, 1470, 1472; BGH, Urt. v. 2.7.1998 – IX ZR 255/97, WM 1998, 1675 = NJW 1998, 2815, 2816.

1630 BGH, Urt. v. 18.5.1995 – IX ZR 108/94, BGHZ 130, 19, 29 = WM 1995, 1397; BGH, Urt. v. 18.1.1996 – IX ZR 69/95, BGHZ 132, 6, 9 = WM 1996, 436; BGH, Urt. v. 15.7.1999 – IX ZR 243/98, BGHZ 142, 213, 215 = WM 1999, 1761; BGH, Urt. v. 28.10.1999 – IX ZR 364/97, BGHZ 143, 95, 97 = WM 2000, 64; BGH, Urt. v. 18.7.2002 – IX ZR 294/00, BGHZ 151, 374, 379 = WM 2002, 1836; BGH, Urt. v. 7.3.1996 – IX ZR 43/95, WM 1996, 766, 768; BGH, Urt. v. 13.6.1996 – IX ZR 229/95, WM 1996, 1391, 1392; BGH, Urt. v. 2.7.1998 – IX ZR 255/97, WM 1998, 1675; BGH, Urt. v. 15.1.2002 – XI ZR 98/01, WM 2002, 436, 438.



besteht in diesem Fall die Gefahr, dass trotz Tilgung aller bestehenden Ansprüche des Gläubigers die Bürgschaft wieder auflebt.<sup>1631</sup> Soweit eine **Höchstbetragsbürgschaft** vereinbart wurde, gilt nichts anderes.<sup>1632</sup> Auch hier kann eine Haftung begründet sein, obwohl zwischenzeitlich alle Forderungen getilgt wurden.<sup>1633</sup>

#### a) künftige Forderungen

Eine Klausel, die die Haftung auf alle künftigen Forderungen des Gläubigers erstreckt, verstößt gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, da mit ihr von dem in § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB niedergelegten **Verbot der Fremddisposition** abgewichen wird.<sup>1634</sup> Danach wird durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach Übernahme der Bürgschaft abschließt, die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert (**Bestandsakzessorietät**). Der Gesetzgeber wollte zum Schutz des Bürgen seine Haftung für Verbindlichkeiten verhindern, auf deren Entstehung er keinen Einfluss mehr hat.<sup>1635</sup> Eine unbegrenzte, nicht mehr kalkulierbare Haftungserweiterung stünde im offenen Widerspruch zum **Leitbild des Bürgschaftsvertrags**.<sup>1636</sup> Auch eine formularmäßige Zweckerklärung, wonach der Bürge zwar nicht für einen höheren Betrag haftet als denjenigen, der Anlass der Bürgschaftsübernahme war, sondern für **Verbindlichkeiten mit anderer Tilgungsdauer und Besicherung**, benachteiligt den Bürgen entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.<sup>1637</sup> Dagegen spricht nicht, dass der Gesetzgeber eine Haftungsübernahme für künftige Forderungen in § 765 Abs. 2 BGB ausdrücklich erlaubt hat. Die Vorschrift verzichtet nicht auf die Bestimmtheit der abzusichernden Hauptforderung, sondern fordert ebenso eine Begrenzung der Bürgenhaftung wie § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB.<sup>1638</sup> In den Haftungsumfang einer Bürgschaft können daher künftige Forderungen im Wege einer formularmäßigen Sicherungszweckerklärung nur dann einbezogen werden, wenn sie in **überschaubarer und abgrenzbarer Art und Weise** bezeichnet und vom Anlass der Bürgschaftsübernahme erfasst sind.<sup>1639</sup> Dabei dürfte es für die Frage der Wirksamkeit solcher weiten Zweckerklärungen

1631 BGH, Urt. v. 28.10.1999 – IX ZR 264/97, BGHZ 143, 95, 96 = WM 2000, 64; BGH, Urt. v. 7.3.1996 – IX ZR 43/95, WM 1996, 766, 769; BGH, Urt. v. 13.6.1996 – IX ZR 229/95, WM 1996, 1391, 1392; BGH, Urt. v. 2.7.1998 – XI ZR 255/97, WM 1998, 1675; BGH WM 2002, 919, 920; a.A. *Reinicke/Tiedtke*, DB 1995, 2301, 2307.

1632 BGH, Urt. v. 15.1.2002 – XI ZR 98/01, WM 2002, 436, 438 = NJW 2002, 956; BGH, Urt. v. 14.10.2003 – XI ZR 121/02, BGHZ 156, 302, 310 = WM 2003, 2379, 2382 = NJW 2004, 161.

1633 BGH, Urt. v. 13.6.1996 – IX ZR 229/95, NJW 1996, 2369, 2370.

1634 BGH, Urt. v. 18.5.1995 – IX ZR 108/94, BGHZ 130, 19, 32 = WM 1995, 1397; BGH, Urt. v. 18.1.1996 – IX ZR 69/95, BGHZ 132, 6, 8 = WM 1996, 436; BGH, Urt. v. 13.11.1997 – IX ZR 289/96, BGHZ 137, 153, 155 = WM 1998, 67; BGH, Urt. v. 15.7.1999 – IX ZR 243/98, BGHZ 142, 213, 215 = WM 1999, 1761; BGH, Urt. v. 28.10.1999 – IX ZR 364/97, BGHZ 143, 95, 96 = WM 2000, 64; BGH, Urt. v. 16.1.2003 – IX ZR 171/00, BGHZ 153, 293, 296 = WM 2003, 669; BGH, Urt. v. 14.10.2003 – XI ZR 129/02, BGHZ 156, 302, 310 = WM 2003, 2379; BGH, Urt. v. 7.3.1996 – IX ZR 43/95, WM 1996, 766, 768; BGH, Urt. v. 13.6.1996 – XI ZR 121/02, WM 1996, 1391, 1392; BGH, Urt. v. 15.4.1997 – IX ZR 112/96, WM 1997, 1045, 1047; BGH, Urt. v. 2.7.1998 – IX ZR 255/97, WM 1998, 1675; BGH, Urt. v. 24.9.1998 – IX ZR 425/97, WM 1998, 2186, 2187; BGH, Urt. v. 2.3.2000 – IX ZR 328/98, WM 2000, 764, 765; BGH, Urt. v. 29.3.2001 – IX ZR 20/00, WM 2001, 1517, 1518; BGH, Urt. v. 15.1.2002 – XI ZR 98/01, WM 2002, 436, 438; BGH, Urt. v. 16.1.2003 – IX ZR 171/00, WM 2003, 669, 670. Siehe hierzu *Billing*, WM 2007, 245, 250.

1635 *Grüneberg*, WM Sonderheft Nr. 2 zu Heft 43/2010, 10.

1636 Kritisch dazu, ob überhaupt von einem allgemeinen »Leitbild« der Bürgschaft gesprochen werden kann: *Förster*, WM 2010, 1677, 1678.

1637 OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.11.1996 – 6 U 246/95, juris.

1638 Im Ergebnis ebenso *Nobbe*, BKR 2002, 747, 750.

1639 *Derleder/Knops/Bamberger/Knops*, § 27 Rn. 26.

entscheidend darauf ankommen, inwieweit der Bürge Einfluss auf das Haftungsrisiko nehmen kann.<sup>1640</sup>

- 791 Die **Haftung für (künftige) Umschuldungskredite** im Rahmen einer weiten Sicherungszweckerklärung kann nicht formularmäßig vereinbart werden.<sup>1641</sup> Ob aber tatsächlich eine Schuldumschaffung oder nur eine – in AGB unter Umständen zulässige – Vertragsänderung gewollt war, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln.<sup>1642</sup> Ist eine Tilgungsaussetzung und eine Umbuchung auf ein anderes Konto vereinbart oder wird ein Kontokorrentkredit in einen Tilgungskredit umgewandelt, ist nur von einer Vertragsänderung auszugehen. In diesem Fall ist eine in Bezug hierauf vorformulierte Haftungserweiterung zulässig.<sup>1643</sup> Sobald aber die **Identität der ursprünglichen Forderung** durch die Vertragsänderung verloren geht, kann für diese (neu begründete) Forderung keine Haftungserweiterung vereinbart werden.<sup>1644</sup>
- 792 **Ausnahmsweise zulässig** ist eine weite Sicherungszweckerklärung, wenn künftige Forderungen, die nach ihrem Grund und Umfang individualisierbar sind, ausdrücklich in die Haftung einbezogen werden, und der Bürge aufgrund einer Erklärung des Gläubigers oder aus eigener Kenntnis hiervon weiß, sodass er das eingegangene Risiko erkennen konnte.<sup>1645</sup> In einem solchen Fall muss der Bürge mit einer Prolongation (Laufzeitverlängerung) rechnen, sodass ihre Einbeziehung in die Sicherungszweckerklärung nicht gegen § 307 BGB verstößt.<sup>1646</sup> Dies ist etwa bei sog. befristeten **Roll-over-Kontokorrent- und Tilgungskrediten** der Fall.<sup>1647</sup>

### b) bereits bestehende Forderungen

- 793 Eine formularmäßige Sicherungszweckerklärung, die den Haftungsumfang auf **alle bestehenden Forderungen** unabhängig davon erstreckt, ob sie Anlass der Haftungsübernahme waren, wird in Literatur<sup>1648</sup> und Rechtsprechung<sup>1649</sup> selbst bei Fehlen des Überraschungscharakters als **Verstoß gegen das Transparenzgebot** des § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB und als unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 und 2 BGB gewertet. Durch eine weite Zweckerklärung wird dem Bürgen die Reichweite seiner Haftung verschleiert, sodass die Bestimmung nicht mehr klar und verständlich ist.<sup>1650</sup> Werden die Forderungen, auf die sich die Bürgenhaftung neben der Anlassforderung bezieht, **einzeln aufgezählt**, ist dem Transparenzgebot genüge getan.<sup>1651</sup> Das Bürgenrisiko bleibt dann auch kalkulierbar. Nur die Unkalkulierbarkeit des Risikos bedeutet eine entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung des Bürgen gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.<sup>1652</sup>
- 794 Eine formularmäßige **Tilgungsänderungsbestimmung** bzw. die Ermächtigung zu einer Tilgungsänderung, wonach ein Darlehen nicht mehr in monatlichen Raten, sondern am Ende der Darlehens-

---

1640 BeckOK/Rohe, § 765 Rn. 31.

1641 BGH, Urt. v. 18.5.1995 – IX ZR 108/94, BGHZ 130, 19, 34 = NJW 1995, 2553.

1642 Nobbe, BKR 2002, 747, 757.

1643 BGH, Urt. v. 30.11.1995 – V ZB 16/95, BGHZ 131, 228, 231 = NJW 1996, 725; BGH, Urt. v. 30.9.1999 – IX ZR 287/98, NJW 1999, 3708, 3709; BGH, Urt. v. 2.3.2000 – IX ZR 328/98, NJW 2000, 1566, 1567; BGH, Urt. v. 6.4.2000 – IX ZR 2/98, NJW 2000, 2580, 2581.

1644 Rösler/Fischer, BKR 2006, 50, 54.

1645 BGH, Urt. v. 15.7.1999 – IX ZR 243, 98, BGHZ 142, 213, 219 = WM 1999, 1761 = NJW 1999, 3195; BGH, Urt. v. 29.3.2001 – IX ZR 20/00, WM 2001, 1517, 1518; BGH, Urt. v. 8.11.2001 – IX ZR 46/99, WM 2002, 919, 920; BGH, Urt. v. 7.10.2002 – II ZR 74/00, WM 2002, 2367, 2369 = NJW 2003, 61.

1646 BGH, Urt. v. 8.11.2001 – IX ZR 46/99, WM 2002, 919, 921.

1647 Siehe hierzu Nobbe, BKR 2002, 747, 752; BeckOK/Rohe, § 765 Rn. 35.

1648 Nobbe, BKR 2002, 747, 752.

1649 BGH, Urt. v. 28.10.1999 – IX ZR 364/97, BGHZ 143, 95, 99 = WM 2000, 64.

1650 BGH, Urt. v. 28.10.1999 – IX ZR 364/97, BGHZ 143, 95, 99 = WM 2000, 64; BGH, Urt. v. 2.3.2000 – XI ZR 328/98, WM 2000, 764, 765; BGH, Urt. v. 12.7.2001 – IX ZR 360/00, WM 2001, 1775.

1651 Nobbe, BKR 2002, 747, 753; a.A. Tiedtke, NJW 2001, 1015, 1028.

1652 Nobbe, BKR 2002, 747, 752.

laufzeit in einer Summe zu tilgen ist, beinhaltet stets eine unwirksame Erweiterung der Bürgenhaftung i.S.v. § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB und damit eine unangemessene Benachteiligung des Bürgen.<sup>1653</sup> Eine solche Maßnahme führt wie eine **Stundung** zu einer Verlängerung der Bürgenhaftung.<sup>1654</sup> Für eine **Erweiterung der Kreditlinie** gilt dies erst recht. Sie widerspricht dem Grundgedanken in § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB.<sup>1655</sup>

### 3. Unternehmerbürgschaften

Bürgschaftserklärungen von **Kaufleuten und juristischen Personen** unterliegen grundsätzlich denselben Voraussetzungen wie bei Nichtkaufleuten.<sup>1656</sup> Eine von einer GmbH abgegebene weite Sicherungszweckerklärung für alle Kredite eines Alleingeschafters ist ebenso unwirksam wie die eines privaten Bürgen.<sup>1657</sup> Weite Sicherungszweckerklärungen zur Absicherung der Hauptforderungen gegen eine juristische Person können hingegen wirksam sein, wenn es sich bei dem Bürgen um **Geschäftsführer oder Alleingeschafter der Hauptschuldnerin** handelt.<sup>1658</sup> Bei diesen Personen fehlt der Vereinbarung der Überraschungscharakter i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB. Zugleich entfällt die Schutzbedürftigkeit des Bürgen auch deswegen, weil solche Bürgen es selbst in der Hand haben, die Entwicklung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Hauptschuldner und damit ihren eigenen Haftungsumfang zu beeinflussen. Die mit einer weiten Sicherungszweckerklärung verbundene Benachteiligung gegenüber der gesetzlichen Regelung ist dann nicht unangemessen. Dies gilt nicht für Nur-Geschäftsführer, **Minderheitsaktionäre und Kommanditisten**. Sie haben keine Einflussmöglichkeiten auf das von ihnen zu tragende Risiko, nach dem Gesellschafterbeschluss eine Verbindlichkeit eingehen zu müssen.<sup>1659</sup> Für sie ist eine weite Sicherungszweckerklärung weder ver hinder- noch kalkulierbar.<sup>1660</sup> Eine weite Sicherungszweckerklärung ist daher nur wirksam, wenn eine Geschäftsführungsbefugnis vorliegt.<sup>1661</sup>

Bei **Bürgschaftserklärungen von Kreditinstituten und Versicherungen gegen Entgelt** ist der Bürge ausnahmsweise nicht schutzwürdig, da die Bürgschaftsübernahme zu seinem **typischen Geschäftsbetrieb** gehört und die Avalprovision einen gewissen Ausgleich für das übernommene Risiko schafft.<sup>1662</sup>

1653 BGH, Urt. v. 13.11.1997 – IX ZR 289/96, BGHZ 137, 153, 158 = NJW 1998, 450; BGH, Urt. v. 6.4.2000 – IX ZR 2/98, WM 2000, 1141 = NJW 2000, 2580.

1654 *Rösler/Fischer*, BKR 2006, 50, 55.

1655 WLP/*Schmidt*, Klauseln B363a.

1656 UBH/*Fuchs/Zimmermann*, Teil 2 (14) Rn. 3; *Rösler/Fischer*, BKR 2006, 50, 53; *Nobbe*, BKR 2002, 747, 751.

1657 BGH, Urt. v. 18.7.2002 – IX ZR 294/00, BGHZ 151, 374, 378 = WM 2002, 1836 = NJW 2002, 3167.

1658 BGH, Urt. v. 28.10.1999 – IX ZR 364/97, BGHZ 143, 95, 100 = WM 2000, 64; BGH, Urt. v. 18.7.2002 – IX ZR 294/00, BGHZ 151, 374, 378 = WM 2002, 1836 = NJW 2002, 3167; BGH, Urt. v. 16.1.2003 – IX ZR 171/00, BGHZ 153, 293, 297 = WM 2003, 669 = NJW 2003, 1521; BGH, Urt. v. 25.11.2003 – XI ZR 379/02, WM 2004, 121, 122; BGH, Urt. v. 9.12.2008 – XI ZR 588/07, WM 2009, 213, 215 = NJW 2009, 437; BGH, Urt. v. 20.7.2009 – II ZR 36/08, WM 2009, 1798, 1799 = NJW 2009, 2883.

1659 BGH, Urt. v. 15.7.1999 – IX ZR 243/98, BGHZ 142, 213, 216 = WM 1999, 1761; BGH, Urt. v. 30.9.1999 – IX ZR 287/98, NJW 1999, 3708, 3709.

1660 OLG Köln, Urt. v. 16.5.2001 – 13 U 204/00, WM 2002, 1389, 1390; *Derleder/Knops/Bamberger/Knops*, § 27 Rn. 28; *Nobbe*, BKR 2002, 747, 754; *Horn*, ZIP 2001, 93, 96.

1661 BGH, Urt. v. 15.7.1999 – IX ZR 243/98, BGHZ 142, 213, 216 = WM 1999, 1761.

1662 BGH, Urt. v. 1.6.1994 – XI ZR 133/93, BGHZ 126, 174, 177 = WM 1994, 1242 = NJW 1994, 2145; BGH, Urt. v. 24.9.1998 – IX ZR 425/97, WM 1998, 2186 m. Anm. *Grunewald*; BGH, Urt. v. 29.3.2001 – IX ZR 20/00, NJW-RR 2002, 343, 344 = WM 2001, 1517; a.A. *Förster*, WM 2010, 1677, 1680.