

Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, RA

# b2b-Plattform-Verordnung: Das AGB-Recht vor weitreichenden Veränderungen

Es ist ausgesprochen reizvoll der Frage nachzuspüren, wie denn Europäisches Parlament und Rat in der VO 2019/1150 die zwingenden Regeln für die Verwendung von AGB ausgestaltet haben, die mit Wirkung vom 13.7.2020 die Vertragsbeziehungen zwischen gewerblichen Nutzern und Betreibern von Online-Plattformen beherrschen werden. Noch reizvoller ist es, diese – ins deutsche Recht einzubauenden – Regeln mit denen zu vergleichen, die den b2b-Bereich nach den §§ 305 ff. BGB seit dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes am 1.4.1977 charakterisieren.

## I. Definition der AGB in Art. 2 Nr. 10<sup>1</sup>

Im Verhältnis und auch im Unterschied zu § 305 Abs. 1 S. 1 BGB fällt schon beim ersten Blick bei der Definition von AGB in § 2 Nr. 10 auf, dass insoweit eine immense Differenz besteht. Wird diese Definition nicht nur sektoral für das Vertragsverhältnis zwischen gewerblichem Nutzer und Betreiber einer Online-Vermittlungs-Plattform<sup>2</sup> ins deutsche Recht übernommen,<sup>3</sup> dann ergeben sich im Rahmen von § 305 Abs. 1 S. 1, aber auch im Blick auf die Abgrenzung zur ausgehandelten Individualabrede nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB ganz erhebliche Änderungen. Diese – das sei vorweg gesagt – dienen kaum der Rechtssicherheit.

### 1. Wortlaut von Art. 2 Nr. 10

Der europäische Gesetzgeber definiert AGB wie folgt:

„Allgemeine Geschäftsbedingungen“ (sind) alle Bedingungen oder Bestimmungen, die unabhängig von ihrer Bezeichnung oder Form das Vertragsverhältnis zwischen dem Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten und ihren gewerblichen Nutzern regeln und einseitig vom Anbieter der Online-Vermittlungsdienste festgelegt werden, wobei diese einseitige Festlegung auf der Grundlage einer Gesamtbewertung festgestellt wird, im Rahmen derer die relative Größe der betroffenen Parteien, die Tatsache, dass Verhandlungen stattgefunden haben, oder die Tatsache, dass einzelne Bestimmungen in diesen Bedingungen möglicherweise Gegenstand von Verhandlungen waren und gemeinsam von dem jeweiligen Anbieter und dem jeweiligen gewerblichen Nutzer festgelegt wurden, für sich genommen nicht entscheidend ist.“

#### a) Tatbestand der Einseitigkeit

Es fällt bereits beim ersten Lesen auf, dass der Tatbestand der „einseitigen“ Festlegung der Vertragsbestimmungen im Verhältnis zwischen den gewerblichen Nutzern und den Betreibern von Online-Plattformen sehr nahe an dem Tatbestand des „Stellens“ liegt, wie er in § 305 Abs. 1 S. 1 BGB verankert ist. Denn dieses Merkmal ist nach der Rechtsprechung des BGH immer dann erfüllt, wenn der Verwender die für das betreffende Vertragsverhältnis bestimmten AGB in den jeweiligen Vertrag einbeziehen will.<sup>4</sup> Plastisch gesagt: Es kommt darauf an, welche Partei den prospektiven Vertragspartner mit den AGB „konfrontiert“,<sup>5</sup> weil diese Gegenstand der Vertragsbe-

ziehungen werden sollen. Denn ein so verstandenes „Stellen“ besagt sogleich, dass dann auch der andere Vertragsteil auf die Ausgestaltung der AGB keinen Einfluss nehmen konnte.<sup>6</sup> Unter dieser Perspektive ist es ausreichend, dass der Verwender den Wunsch äußert, dass die von ihm oder auch von einem Dritten, handelnd als Abschlussgehilfe,<sup>7</sup> bezeichneten AGB in den Vertrag einbezogen werden sollen.<sup>8</sup> Wer die AGB entworfen hat, ist insoweit ohne rechtliche Bedeutung.<sup>9</sup>

Auffallend ist jedoch, dass im Rahmen von Art. 2 Nr. 10 die Rolle des Verwenders ausschließlich beim Betreiber der Online-Plattform liegt. Die Definition der AGB erfasst nämlich den – zugegeben – ausgesprochen seltenen Fall nicht, dass der gewerbliche Nutzer seinerseits AGB verwendet. Tut er es dennoch, dann ist die hier zu diskutierende Definition von AGB nach Art. 2 Nr. 10 nicht anwendbar. Es bleibt dann wohl – vorbehaltlich einer Klarstellung durch den Gesetzgeber – bei der allgemeinen Regel des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. Danach ist die Partei Verwenderin der AGB, die diese in die Vertragsverhandlungen einbringt und deren Einbeziehung in den konkreten Vertrag verlangt.<sup>10</sup> Noch kurioser ist die Konstellation, dass beide Parteien AGB verwenden und dass diese dann beim Abschluss des Vertrages miteinander kollidieren. Denn dann bestimmt sich für den Betreiber der Online-Plattform der Charakter der AGB nach der Definition von Art. 2 Nr. 10, während der gewerbliche Nutzer insoweit auf die Norm des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB verwiesen wird. Das ist solange nur ein akademisches Problem, als sich der definitorische Kern beider Normen deckt und nicht eine von ihnen, was aber noch aufzuzeigen ist, den Weg zur ausgehandelten Individualabrede nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB eröffnet. Trifft dies zu, dann tritt der Vorrang der Individualabrede nach § 305b BGB in sein Recht.

1 Artikelangaben ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf solche der VO 2019/1150 – ABl. vom 11.7.2019 L 186/57. Zu einem vorangehenden Diskussionsentwurf vgl. *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2016, 787 ff.; betreffend die E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EC vgl. *Wendehorst*, EuCML 2016, 30 ff.

2 Hierzu auch *Schöttle*, in: *Auer-Reinstorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 25, Rn. 250.

3 Zu einem Teilaspekt der Vertragsbedingungen zugunsten einzelner Nutzer (Model Rules), die in dieser VO allerdings nicht behandelt werden vgl. *Busch*, in: *Blaurock/Schmidt-Kessel/Erler*, Plattformen – Geschäftsmodelle und Verträge, 2018, S. 37 ff.

4 BGH, 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, BB 2016, 523, m. BB-Komm. *Röder/Schimang*, BB 2016, 523, NJW 2016, 1230, Rn. 24; BGH, 20.2.2014 – IX ZR 137/13, BB 2014, 1684, NJW-RR 2014, 937, Rn. 9; BGH, 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, BB 2010, 915 m. BB-Komm. *Abels*, NJW 2010, 1131, Rn. 10.

5 BGH, 7.10.2009 – I ZR 216/07, NJW-RR 2010, 1131, Rn. 10.

6 BGH, 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, BB 2016, 523, m. BB-Komm. *Röder/Schimang*, BB 2016, 523, NJW 2016, 1230, Rn. 24.

7 BGH, 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, BB 2016, 523, m. BB-Komm. *Röder/Schimang*, BB 2016, 523, NJW 2016, 1230, Rn. 14.

8 BGH, 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, BB 2016, 523, m. BB-Komm. *Röder/Schimang*, BB 2016, 523, NJW 2016, 1230, Rn. 24.

9 BGH, 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, BB 2010, 915 m. BB-Komm. *Abels*, NJW 2010, 1131, Rn. 10.

10 BGH, 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, BB 2016, 523, m. BB-Komm. *Röder/Schimang*, BB 2016, 523, NJW 2016, 1230, Rn. 24.

## b) Unerhebliche Umstände

## aa) Bisheriges Recht

§ 305 Abs. 1 S. 2 BGB hebt lediglich darauf ab, dass der Umfang der AGB, die Schriftart und die Form des Vertrages für die Definition der AGB „gleichgültig“ sind. Er stellt darüber hinaus aber auch klar, dass es für die Bejahung von AGB nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB ohne Belang ist, ob diese einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages darstellen oder ob sie in die Urkunde selbst aufgenommen worden sind.<sup>11</sup>

## bb) Art. 2 Nr. 10

Der in dieser Norm aufgeführte Katalog von Merkmalen, die für die Definition von AGB irrelevant sind, ist beträchtlich umfangreicher, auch wenn er – ähnlich wie § 305 Abs. 1 S. 2 BGB – die „Bezeichnung“ und die „Form“ der AGB für nicht maßgebend erklärt. Doch dieser Katalog von weiteren Merkmalen, welche der Einordnung als AGB nicht entgegenstehen, verdient es, sich im Einzelnen mit ihm auseinanderzusetzen.

## (1) Erforderliche Gesamtbewertung

## (a) Relative Größe der Parteien

Es ist bereits ein wenig irritierend, dass neben dem eindeutigen Element des einseitigen Festlegens der AGB durch den Betreiber der Online-Plattform („unilateral determination“) eine „Gesamtbewertung“ durchzuführen ist. Dabei ist die „relative Größe der betroffenen Parteien“ kein ausschlaggebendes Merkmal. Das wird man auch im Rahmen von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB so sehen können. Denn die Rolle des Verwenders hängt nicht davon ab, dass dieser die wirtschaftlich stärkere Partei ist, weil ja nur die formale Rolle des „Stellens“ der AGB entscheidet.<sup>12</sup> Überdies ist ja auch die richterliche Inhaltskontrolle von AGB im b2b-Bereich gemäß § 307 BGB nicht von der mehr oder weniger großen wirtschaftlichen Schutzbedürftigkeit des anderen Vertragsteils abhängig.<sup>13</sup> Denn der insoweit zu gewährende Schutz bezieht sich zum Nachteil des Verwenders allein auf den Tatbestand, dass dieser die alleinige Gestaltungsmacht für die Bedingungen des Vertrages ausgeübt hat, so dass im Interesse der Vertragsgerechtigkeit – ausgerichtet an der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts – der Gefahr der einseitigen, nicht zu billigen Ausnutzung der Verhandlungsmacht des Verwenders entgegenzutreten ist.<sup>14</sup>

## (b) Unerheblichkeit von Verhandlungen

Misst man dieses Merkmal („that a negotiation took place“) an dem Begriff des Aushandelns, wie er in § 305 Abs. 1 S. 3 BGB verwendet wird, so wird man durchaus noch anerkennen können, dass eine reine Verhandlung, wie sie von Art. 2 Nr. 10 angesprochen wird, den Charakter der AGB nicht ändert. Denn die Rechtsprechung zu § 305 Abs. 1 S. 3 BGB stellt immer wieder klar, dass ein Aushandeln „mehr ist als ein Verhandeln“.<sup>15</sup> Ersteres erfordert nämlich – verstanden als kardinale Voraussetzung für einen Individualvertrag nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB – dass „der Verwender den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der effektiven Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen“.<sup>16</sup> Ein Verhandeln ist demgegenüber nichts anderes als die Be-

schreibung einer Tätigkeit im Zusammenhang mit Vertragsverhandlungen. Sie ändert in der Tat nichts daran, dass es sich im Ergebnis – auch nach einer Verhandlung – grundsätzlich um eine AGB nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handelt. Mit Art. 2 Nr. 10 besteht also insoweit Kongruenz.

## (c) Gemeinsames Festlegen von Bedingungen

Die Sollbruchstelle zum deutschen Recht ist aber in Art. 2 Nr. 10 an der Stelle der „Gesamtbewertung“ erreicht, an der zu lesen steht, dass eben auch die Tatsache nicht zur Verneinung einer AGB führt, „dass einzelne Bestimmungen in diesen Bedingungen möglicherweise Gegenstand von Verhandlungen waren und gemeinsam von dem jeweiligen Anbieter und dem jeweiligen gewerblichen Nutzer festgelegt wurden.“ Denn wenn AGB-Klauseln Gegenstand gemeinsamer Verhandlungen sind, dann ergeben sich drei logische Konsequenzen: Es kann sein, dass der Betreiber der Online-Plattform in seiner Rolle als AGB-Verwender dem betreffenden gewerblichen Nutzer die Möglichkeit eröffnet hat, eigene Textvorschläge zur Wahrung seiner eigenen Interessen zu unterbreiten. Trifft dies zu, dann liegt nach der Rechtsprechung des BGH kein „Stellen“ der AGB mehr vor.<sup>17</sup> Wenn der gewerbliche Nutzer nämlich in die Lage versetzt wird, durch eigene Textvorschläge seine eigenen wirtschaftlichen (und rechtlichen) Interessen zu wahren, dann ist die einseitige Gestaltungsmacht des Verwenders im Blick auf die einzubeziehenden AGB „gebrochen“, so dass die Anwendung von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB ausscheidet. Mehr noch, dann ist die Einbeziehung der so gestalteten AGB als Ergebnis einer freien Entscheidung des gewerblichen Nutzers anzusehen.<sup>18</sup>

Es kann aber auch als Folge einer gemeinsamen – einvernehmlichen – Verhandlung so sein, dass sich beide Parteien übereinstimmend auf den Text einer bestimmten AGB verständigen. Liegt eine solche Einigung vor, ist der Betreiber der Online-Plattform nicht mehr in der ihm von Art. 2 Nr. 10 zugeordneten Rolle des Verwenders der AGB. Vielmehr ist dann nach der Rechtsprechung des BGH<sup>19</sup> keine der beiden Parteien Verwender im Sinn von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB, so dass dann auch folgerichtig die richterliche Inhaltskontrolle solcher Vertragsbestimmungen ausscheidet.

Die dritte Möglichkeit, wie sich eine gemeinsame Verhandlung über AGB auswirken kann, besteht darin, dass im Sinn der obiter dicta des BGH eine gründliche Erörterung der Vertragsbedingungen stattgefunden und der gewerbliche Nutzer diese als sachgerecht anerkannt hat.<sup>20</sup> Insofern verlangt der BGH das Vorliegen besonderer Umstände.<sup>21</sup> Das freilich setzt nach der Rechtsprechung auch voraus,<sup>22</sup> dass der Verwender zunächst den „gesetzesfremden Kerngehalt“ der betref-

11 Hierzu *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 305, Rn. 14 ff.

12 BGH, 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, BB 2010, 915 m. BB-Komm. *Abels*, NJW 2010, 1131, Rn. 10.

13 Grundlegend BGH, 4.7.2017 – XI ZR 562/15, BB 2017, 2058, NJW 2017, 2986, Rn. 66 – Gleichstellung zwischen Verbraucher und Unternehmer.

14 BGH, 4.7.2017 – XI ZR 562/15, BB 2017, 2058, NJW 2017, 2986, Rn. 64.

15 BGH, 19.3.2019 – XI ZR 9/18, NJW 2019, 2080 mit Anm. *Pfeiffer* Rn. 14; BGH, 20.3.2014 – VII ZR 248/13, NJW 2014, 1725, Rn. 27.

16 BGH, 19.3.2019 – XI ZR 9/18, NJW 2019, 2080 mit Anm. *Pfeiffer*, Rn. 14.

17 BGH, 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, BB 2016, 523, NJW 2016, 1230 – 1. Leitsatz; BGH, 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, BB 2010, 915 m. BB-Komm. *Abels*, NJW 2010, 1131, Rn. 10.

18 BGH, 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, BB 2016, 523, NJW 2016, 1230, Rn. 25.

19 BGH, 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, BB 2010, 915 m. BB-Komm. *Abels*, NJW 2010, 1131, 2. Leitsatz.

20 BGH, 22.11.2012 – VII ZR 222/12, BB-Entscheidungsreport *Schütt*, BB 2013, 403, NJW 2013, 856, Rn. 10; BGH, 23.1.2003 – VII ZR 210/01, NJW 2003, 1805, 1807; BGH, 3.11.1999 – VIII ZR 269/98, BB 2000, 323, NJW 2000, 1110, 1112; BGH NJW 1987, 144, 145.

21 BGH, 30.9.1987 – IVa ZR 6/86, NJW 1988, 410.

22 BGH, 17.12.2009 – Xa ZR 58/07 NJW 2010, 2080, Rn. 15.

fenden AGB<sup>23</sup> ernsthaft zur Disposition gestellt hat.<sup>24</sup> Im Hintergrund steht dabei der Regelsatz: Stellt der Verwender eine von ihm gestellte Klausel im Blick auf ihren „gesetzesfremden Kerngehalt“ (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) insgesamt<sup>25</sup> zur Disposition, führt dies in der Regel<sup>26</sup> auch zu einer Abänderung der betreffenden Klausel<sup>27</sup> im Interesse des Vertragspartners.

Bezieht man diese Ergebnisse der Rechtsprechung zu § 305 Abs. 1 BGB auf den Tatbestand einer gemeinsamen Verhandlung und dann eben auch einer gemeinsamen Festlegung der Vertragsbedingungen auf die in Art. 2 Nr. 10 niedergelegte Definition der AGB, dann wird deutlich: Diese Tatsache, insbesondere das gemeinsame Festlegen eines entsprechenden Vertragstextes wird in aller Regel die Voraussetzungen einer ausgehandelten Individualvereinbarung nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB erfüllen.<sup>28</sup> Wenn aber diese gemeinsame Festlegung einen vorformulierten Text betrifft, dann führt die einvernehmliche Einigung auf eben diesen Text dazu, dass das Merkmal des „Stellens“ nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB fortfällt, so dass dann auch kein Platz bleibt, eine richterliche Inhaltskontrolle durchzuführen.<sup>29</sup>

## (2) Beurteilung des Einzelfalls

Aus dem Text von Art. 2 Nr. 10, insbesondere aber aus dem Erwägungsgrund Nr. 14 ist abzulesen, dass es im Rahmen der Gesamtbewertung immer entscheidend auf den „Einzelfall“<sup>30</sup> ankommt, ob eine Vertragsbestimmung, die einseitig vom Betreiber/Anbieter der Online-Plattform festgelegt ist, als AGB zu klassifizieren ist. Das ist letztlich eine Selbstverständlichkeit. Doch ist dabei – so sagt es der Erwägungsgrund Nr. 14 – der Schutz des gewerblichen Nutzers im Auge zu behalten. Daraus wird man wohl ableiten dürfen, dass zum einen nur der Betreiber der Online-Plattform als Verwender in Betracht kommt und dass im Zweifel bei einer einseitigen Festlegung, also bei Vorliegen der Merkmale des „Stellens“ nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB, diese Voraussetzung immer erfüllt sein wird.

## 2. Folgerungen für das deutsche Recht aus Art. 2 Nr. 10

Als Folge der Umsetzung der VO 2019/1150 ins deutsche Recht wird man – sehr weitreichend – das Merkmal des einseitigen Stellens der AGB nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB auch auf die Fälle erweitern müssen, dass sich Betreiber der Online-Plattform und gewerblicher Nutzer nach Verhandlungen auf bestimmte Vertragsbestimmungen gemeinsam verständigen. Diese Änderung hat dann logischerweise auch die Konsequenz, dass weder in diesen Fällen noch bei einer Verhandlung, welche zu einer einvernehmlichen Vertragsgestaltung geführt hat, die Ebene des ausgehandelten Individualvertrages nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB erreicht wird.

Wegen der Höherrangigkeit der VO 2019/1150 gegenüber dem deutschen BGB wird man allerdings auch die Frage nicht außen vor lassen dürfen, ob denn der Begriff des ausgehandelten Individualvertrages nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB im unternehmerischen Verkehr „überlebt“. Denn wenn die Definition der AGB nach Art. 2 Nr. 10 auch die Fälle erfasst, welche „Gegenstand von Verhandlungen waren und gemeinsam von dem jeweiligen Anbieter und dem jeweiligen gewerblichen Nutzer festgelegt wurden“ („determined together“), dann ist damit mit einiger Sicherheit der Kerngehalt der privatautonomen Vertragsgestaltung im Sinn einer Individualabrede erfasst. Dieser aber mutiert dann wegen des erforderlichen Schutzes des gewerblichen Nutzers zu

einer AGB-Klausel, welche einem eigenständigen Regime der richterlichen Inhaltskontrolle unterworfen ist.

## II. Verfügbarkeit der AGB im vorvertraglichen Stadium

Art. 3 Abs. 1 lit. b) sieht vor, dass der Betreiber/Anbieter der Online-Plattform seine AGB „zu jedem Zeitpunkt ihrer Geschäftsbeziehung“ gegenüber dem Nutzer „verfügbar“ halten muss. Das ist insoweit im Blick auf das deutsche Recht, selbst wenn man vom Bestehen eines Dauerschuldverhältnisses ausgeht, überraschend, weil ja die wirksame Einbeziehung der AGB bei Abschluss des Vertrages nach den §§ 145 ff. BGB ausreicht. Sie werden dann Vertragsbestandteil und bleiben in das Dauerschuldverhältnis der Parteien bis zum Ende dieser Rechtsbeziehungen inkorporiert.

Diesen Aspekt von Art. 3 Abs. 1 lit. b) wird man freilich noch als unproblematisch und auch wohl als nicht umsetzungspflichtig im Sinne der §§ 145 ff. BGB ansehen müssen. Doch diese Bestimmung enthält noch eine Alternative. Danach ist der Betreiber/Anbieter einer Online-Plattform auch verpflichtet sicherzustellen, dass die betreffenden AGB „auch während der Phase des Vertragsabschlusses“ „leicht verfügbar sind“. Dies wirft die Frage auf, ob die AGB auch schon zu einem Zeitpunkt dem Nutzer leicht zugänglich sein müssen, in denen zwar die „Phase“ von Vertragsverhandlungen (*invitatio ad offerendum*) begonnen, der tatsächliche Vertragsabschluss durch die Annahmeerklärung (§ 147 BGB) aber noch nicht perfektioniert ist.

Die zunächst formalistisch anmutende Frage hat ihren rechtlich-tatsächlichen Hintergrund im Erwägungsgrund Nr. 18. Denn dort ist das Merkmal der leichten Verfügbarkeit der einzubeziehenden AGB auch auf „eventuell künftige gewerbliche Nutzer vor Vertragsabschluss“ bezogen. Das dürfte und könnte man unproblematisch dahin verstehen, dass der Anbieter/Betreiber einer Online-Plattform gesetzlich verpflichtet wird, seine AGB auf seiner Website leicht zugänglich für potentielle Nutzer zu publizieren. Dieser Ansatz scheitert allerdings insoweit, als ja nach der dargestellten Definition von AGB auch solche Vertragsbestimmungen in den Rang dieser Qualifikation zu heben sind, die von dem einzelnen gewerblichen Nutzer und dem Betreiber der Online-Plattform in einer gemeinsamen Verhandlung erst festgelegt worden sind. Es ist also damit – definitorisch bedingt – so, dass in diesen Fällen unterschiedliche AGB verwendet werden. Das kann dann allerdings auch wegen der Marktmacht einiger Online-Plattformen oder Suchmaschinen, ohne dass diese Frage hier zu vertiefen wäre, zu einem Missbrauch von Marktmacht nach § 19 Abs. 1 GWB führen.<sup>31</sup>

23 BGH, 19.3.2019 – XI ZR 9/18, NJW 2019, 2080 mit Anm. Pfeiffer; es kommt eben auf jede einzelne Klausel an (vgl. „soweit“ in § 305 Abs. 1 S. 3 BGB).

24 BGH, 22.11.2012 – VII ZR 222/12, BB-Entscheidungsreport Schütt, BB 2013, 403, NJW 2013, 856, Rn. 10; BGH, 30.9.1987 – IVa ZR 6/86, BB 1988, 14, NJW 1988, 410.

25 BGH, 7.3.2013 – VII ZR 162/12, BB 2013, 909 m. BB-Komm. Graf von Westphalen, NJW 2013, 1431 – reduzierte Vorauszahlung nach Verhandlungen: kein Aushandeln, weil immer noch gesetzesfremd; vgl. auch BGH, 20.3.2014 – VII ZR 248/13, NJW 2014, 1725 – eine entsprechende (individualvertragliche) Bestätigungsklausel reicht nicht.

26 BGH, 3.11.1999 – VIII ZR 269/98, BB 2000, 323, NJW 2000, 1110, 1111.

27 BGH, 19.3.2019 – XI ZR 9/18, NJW 2019, 2080 mit kritischer Anm. Pfeiffer, Rn. 15 – betreffend jede einzelne Klausel mit entsprechender Darlegungslast des Verwenders.

28 BGH, 22.11.2012 – VII ZR 222/12, BB-Entscheidungsreport Schütt, BB 2013, 403, NJW 2013, 856, Rn. 10.

29 BGH, 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, BB 2010, 915 m. BB-Komm. Abels, NJW 2010, 1131.

30 Erwägungsgrund Nr. 24.

31 BGH, 24.1.2017 – KZR 47/14, NZKart 2017, 242 – VLB Gegenwert II.

### III. Generelles Transparenzgebot nach Art. 3 Abs. 1 lit. a)

#### 1. Grundsätze zu § 307 Abs. 1 S. 2 BGB

Da das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB im Kern nicht zwischen dem Verkehr gegenüber einem Verbraucher und dem unternehmerischen Bereich differenziert, erscheint es zunächst hilfreich, sich die Kaskade von Voraussetzungen ins Gedächtnis zu rufen, die der BGH erst kürzlich – zusammenfassend – ins Visier genommen hat, um eine qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung in einem Darlehensvertrag wegen fehlender Transparenz scheitern zu lassen.<sup>32</sup> Es heißt dort:

„Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, die Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Er muss einerseits die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschreiben, dass für ihn keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Der Vertragspartner soll andererseits ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach seine Rechte und Pflichten feststellen können, damit er die rechtliche Tragweite der Vertragsbedingungen bei Vertragsschluss hinreichend erfassen kann und nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Der Vertragspartner soll u.a. davor geschützt werden, infolge falscher Vorstellungen über die angebotene Leistung zu einem unangemessenen Vertragsabschluss verleitet zu werden. Die eindeutige und durchschaubare Vermittlung der mit einem beabsichtigten Vertragsschluss verbundenen Rechte und Pflichten ist Voraussetzung für eine informierte Sachentscheidung. Die Klausel muss deshalb nicht nur in ihrer Formulierung verständlich sein, sondern auch die mit ihr verbundenen wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen soweit wie möglich verdeutlichen. Eine Intransparenz kann sich nicht nur bei einzelnen Klauseln aus ihrer inhaltlichen Unklarheit, mangelnden Verständlichkeit oder der unzureichenden Erkennbarkeit der Konsequenzen ergeben, sondern auch aus der Gesamtregelung. Abzustellen ist dabei auf die Verständnismöglichkeiten des typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden.“<sup>33</sup>

#### 2. Inhalt von Art. 3 Abs. 1 lit. a) und Erwägungsgrund Nr. 15

Demgegenüber beschränkt sich die Regel von Art. 3 Abs. 1 lit. a) darauf, dass die AGB „klar und verständlich formuliert“ sein müssen. Ob diese Regel sich in der Sache mit den Merkmalen des Transparenzgebots deckt, wie sie in der Rechtsprechung des BGH über die Jahre entwickelt worden sind, muss nicht näher geprüft werden. Das Augenmerk ist vielmehr auf die Aussage zu richten, welche im Erwägungsgrund Nr. 15 angesprochen ist. Unproblematisch – und damit auch deckungsgleich mit § 307 Abs. 1 S. 2 BGB – ist diese sicherlich insoweit, als dieser Erwägungsgrund vom Verwender verlangt, dass die AGB „nicht unbestimmt und ungenau“ abgefasst sein dürfen.

Doch dann wird eine Alternative formuliert, die mehr als nur ein Kopferbrechen verursacht; es heißt in diesem Erwägungsgrund weiter: Eine Intransparenz liegt auch dann vor, wenn „Angaben zu wichtigen gewerblichen Fragen nicht ausführlich genug“ geregelt sind, und somit „für den gewerblichen Nutzer in den wichtigsten Aspekten des Vertragsverhältnisses kein angemessenes Maß an Vorhersehbarkeit gegeben ist“.<sup>34</sup> Sicherlich kann man auf der Suche nach einer vertretbaren Auslegung dieser Aussage das Merkmal der „ausführlichen“ Darstellung der wesentlichen Einzelheiten des Vertragsverhältnisses mit dem Merkmal der „Vorhersehbarkeit“ koppeln. Das ist dann im Kern die gleiche Aussage, die die Rechtsprechung zu § 307 Abs. 1 S. 2 BGB

charakterisiert, indem sie verlangt, dass der Vertragspartner des Verwenders in den betreffenden Klauseln „klar und einfach über seine Rechte und Pflichten“ – eben auch „durchschaubar“ – aus dem Vertrag unterrichtet wird, damit er diese von sich aus – ohne Einholung von Rechtsrat – wahrnehmen kann.<sup>35</sup> Mit anderen Worten: Es dürfen für den Verwender keine „ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume“ entstehen.<sup>36</sup>

Genau dieses Risiko aber besteht, wenn man sich den weiteren Teil des obigen Zitats aus dem Erwägungsgrund Nr. 15 näher ansieht. Denn dort ist das Gebot der Transparenz nicht auf alle Klauseln eines Vertrages bezogen, sondern nur auf die „wichtigen gewerblichen Fragen“, die dann – diesen Schluss gebietet die Logik – überraschenderweise in den Superlativ gesteigert werden, weil diese dann als „wichtigste Aspekte des Vertragsverhältnisses“ bezeichnet werden. Weder die Voraussetzungen für die „wichtigen gewerblichen Fragen“ noch die für die Annahme der „wichtigsten“ Aspekte eines Vertrages werden näher umschrieben. Sie bleiben dunkel.

#### 3. Empfehlung für die Umsetzung

Diese fehlende begriffliche Klarheit sollte den deutschen Gesetzgeber allerdings nicht schrecken. Er wäre gut beraten, wenn er die Forderung nach einer transparenten Vertragsgestaltung im Sinn von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB – unterschiedslos – auf alle Klauseln erstreckt, die im Vertragsverhältnis zwischen dem Betreiber einer Online-Plattform und dem gewerblichen Nutzer als AGB klassifiziert sind.

### IV. Spezielle Anforderungen: Art. 3 Abs. 1 lit. c)

#### 1. Voraussetzungen für Beendigung, Aussetzen oder Einschränkungen der angebotenen Vermittlerdienste

Nach dieser Norm muss der Anbieter/Betreiber einer Online-Plattform im Rahmen der durchzuführenden Vermittlungsdienste die Gründe angeben, welche ihn berechtigen, seine Dienstleistungen „vollständig oder teilweise auszusetzen oder zu beenden oder sie in irgendeiner anderen Art einzuschränken“. Wie aus Erwägungsgrund Nr. 22 abzulesen, sind hier auch die Fälle erfasst, in denen der Betreiber „einzelne Waren oder Dienstleistungen eines bestimmten gewerblichen Nutzers auflistet oder aus den Suchergebnissen nimmt“.<sup>37</sup> Gleichzeitig legt dieser Erwägungsgrund fest, dass es sich um „legitime Gründe“ handeln muss.

Der darin liegende Änderungsvorbehalt von Art. 3 Abs. 1 lit. c) ist allerdings kaum deckungsgleich mit den Voraussetzungen, bei deren Vorliegen es im unternehmerischen Verkehr dem AGB-Verwender gestattet war, einseitig seine Leistungen zu ändern.

Auffallend ist insoweit, dass der Betreiber der Online-Plattform nach Art. 4 Abs. 2 berechtigt ist, gegenüber einem bestimmten gewerblichen Nutzer das Vertragsverhältnis mit ihm zu beenden, und er dann lediglich verpflichtet ist, ihm die hierfür streitenden Gründe auf einem dauerhaften Datenträger 30 Tage vor dem Wirksamwerden der

32 BGH, 1.10.2019 – VI ZR 156/18, BB 2019, 2960, WM 2019, 2304. S. hierzu jüngst auch BGH, 12.12.2019 – IX ZR 77/19, BB 2020, 399.

33 BGH, 1.10.2019 – VI ZR 156/18, BB 2019, 2960, WM 2019, 2304, Rn. 23. S. hierzu jüngst auch BGH, 12.12.2019 – IX ZR 77/19, BB 2020, 399.

34 Erwägungsgrund Nr. 15.

35 Hierzu auch BGH, 22.3.2018 – IX ZR 99/17, BB 2018, 1871, NZJ 2018, 482, Rn. 34.

36 BGH, 29.4.2015 – VIII ZR 104/14, BB 2015, 1615 m. BB-Komm. *Chromek*, NJW 2015, 2244, Rn. 16.

37 Erwägungsgrund Nr. 22.



Kündigung mitzuteilen. Diese Frist nach Art. 4 Abs. 2 gilt nach Art. 4 Abs. 4 lit. c) allerdings dann nicht, wenn der Betreiber der Online-Plattform den Nachweis erbringen kann, „dass der betroffene gewerbliche Nutzer wiederholt gegen die geltenden allgemeinen Geschäftsbedingungen verstoßen“ hat.

Um die sich hieraus ergebenden Auswirkungen auf das deutsche Recht unter die Lupe zu nehmen, sollen zunächst die Fragen adressiert werden, die sich – abseits einer Beendigung des Vertragsverhältnisses – aus den verschiedenen Alternativen ergeben, die den Betreiber der Online-Plattform berechtigen, seine Vermittlungsdienste „vollständig oder teilweise auszusetzen“ oder diese „in einer anderen Art einzuschränken“ (Art. 3 Abs. 1 lit. c).

## 2. Rechtsprechungsergebnisse zum Leistungsänderungsvorbehalt

### a) Aus dem Vertragshändlerrecht

Nach ständiger Judikatur, die im Kern zum Vertragshändlerrecht ergangen ist, ist die Einräumung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 BGB zugunsten des Verwenders nur dann nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB anzuerkennen, wenn dafür ein „berechtigtes Interesse“ besteht.<sup>38</sup> Dieses ist nur dann zu bejahen, wenn „schwerwiegende Gründe“ das vom AGB-Verwender einseitig in Anspruch genommene Änderungsrecht rechtfertigen.<sup>39</sup> Dafür ist erforderlich, dass Voraussetzungen und Inhalt eines solchen Leistungsbestimmungsrechts die dahinter stehenden Gründe im Tatbestand der Änderungsklausel hinreichend konkretisieren und vor allem auch die sich hieraus für den Vertragspartner ergebenden (nachteiligen) Folgen ausreichend berücksichtigen und wahren.<sup>40</sup>

Es kann kaum einem Zweifel unterliegen, dass auch an diesem Punkt das deutsche Recht strenger ist als die Regel in Art. 3 Abs. 1 lit. c). Dabei gilt es vor allem auch zu bedenken, dass nach dieser Norm ganz unterschiedliche Rechtsfolgen zum Nachteil des gewerblichen Nutzers ausgelöst werden können, nämlich: irgendeine Einschränkung der Nutzung, aber auch die Beendigung (Kündigung) sowie eben auch die „vollständige oder teilweise“ Aussetzung der Nutzungsberechtigung. Die in den entsprechenden Klauseln abzubildenden Gründe für eine solche dauerhafte oder auch nur teilweise eingreifende Nutzungsbeschränkung sind demnach höchst unterschiedlich und bedürfen einer sorgsam differenzierenden für jeden Einzelfall. Dass im Übrigen aber die Belange des Nutzers in diesen Fällen des Art. 3 Abs. 1 lit. c) nicht, wie das deutsche Recht dies fordert, angemessen im Rahmen eines Interessenausgleichs<sup>41</sup> formularmäßig berücksichtigt werden,<sup>42</sup> sei der Vollständigkeit halber hervorgehoben. Sie sind ja nicht einmal als Tatbestandsmerkmal in der Norm angesprochen. Hier regiert also streng das Merkmal der Einseitigkeit zugunsten des Betreibers der Online-Plattform.

### b) Konsequenzen für das deutsche Recht

#### aa) Beendigung der Online-Vermittlungsdienste – Grenze des § 626 BGB

Unproblematisch dürfte eine Klauselgestaltung sein, welche eine Beendigung der Vertragsbeziehungen vorsieht, soweit hierfür fristlose Kündigungsgründe vorliegen. Im Zweifel wird sich die Wirksamkeit einer solchen Klausel an §§ 675, 611, 626 BGB messen lassen müssen, weil der Betreiber der Online-Plattform insoweit eine Geschäftsbesorgung für den Nutzer durchführt. Unterhalb der Schwelle des § 626 Abs. 1 BGB wird also eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit

des Betreibers der Online-Plattform nicht in Betracht kommen können, zumal diese Regel zwingenden Charakter besitzt.<sup>43</sup> Die Kündigungsregel des § 626 Abs. 1 BGB darf deshalb auch AGB-rechtlich im Sinn von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in ihren Voraussetzungen nicht unterschritten werden; und die Kündigungsfrist von 14 Tagen, gerechnet ab Kenntnis des vom Nutzer gesetzten Kündigungsgrundes muss als zwingende Norm ohnedies beachtet werden.<sup>44</sup>

Genau diese Grenze wird aber völlig missachtet, weil ja der Online-Betreiber – ohne vorherige Fristsetzung – berechtigt ist, nach Art. 4 Abs. 4 lit. c) das Vertragsverhältnis zu beenden, wenn der gewerbliche Nutzer „wiederholt gegen die allgemeinen Geschäftsbedingungen“ verstoßen hat. Nimmt man diesen Tatbestand wörtlich (was ja geboten ist), dann kann keine Rede davon sein, dass ein solcher – wiederholter – Verstoß gegen die AGB, also eine entsprechende Vertragsverletzung immer und unbedingt geeignet ist, die weitreichenden Tatbestandsvoraussetzungen von § 626 Abs. 1 BGB zu erfüllen. Denn dann müsste in diesen Fällen stets die Grenze der Unzumutbarkeit für den Betreiber der Online-Plattform erreicht sein, das Vertragsverhältnis weiter bis zur nächstmöglichen Kündigung fortzusetzen.<sup>45</sup> Davon abgesehen gebietet die Norm auch als regelmäßig zu erfüllende Voraussetzung einer fristlosen Kündigung, dass der gewerbliche Nutzer zuvor erfolglos abgemahnt wurde.<sup>46</sup>

#### bb) Grenze des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB – § 314 BGB

Es wird also eines nicht unerheblichen Begründungsaufwands des Gesetzgebers bedürfen, wie er die dem deutschen Recht fremde Norm des Art. 4 Abs. 4 lit. c) ins deutsche Recht umsetzt. Denn die dort angesprochene Kündigungsschwelle liegt hier weit unterhalb der allgemeinen Grenze, wie sie sich für Dauerschuldverhältnisse aus der insoweit zwingenden Regel des § 314 BGB ableitet,<sup>47</sup> die ihren Ursprung in der allgemeinen Norm des § 242 BGB hat.<sup>48</sup>

Selbst wenn man – um ein naheliegendes Beispiel aufzugreifen – im Rahmen von Art. 4 Abs. 4 lit. c) davon ausgeht, dass der gewerbliche Nutzer deswegen wiederholt gegen die AGB des Betreibers der Online-Plattform verstoßen hat, weil er etwa verschiedene Male die ihm gewährten Zahlungsfristen nicht eingehalten hat und daher in Verzug geraten ist (§ 286 BGB), dann wird man insoweit – allein wegen des Dauerschuldverhältnisses und der Nutzungsfunktion der Plattform – auf die Regel des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB (analog) zurückgreifen müssen. Diese Norm aber setzt einen qualifizierten Verzug voraus, dass nämlich der gewerbliche Nutzer als Zahlungsschuldner mit zwei aufeinanderfolgenden Raten in Verzug geraten ist (Nr. 3 lit. a).<sup>49</sup> Doch nach Art. 4 Abs. 4 lit. c) reicht für die fristlose Kündigung bereits ein minimaler Zahlungsrückstand – entstanden aus verschiedenen, nicht eingehaltenen Zahlungsterminen – aus, hat doch der gewerbliche Nutzer dann

38 BGH, 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496, 1501.

39 BGH, 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496, 1501 – Honda; BGH, 25.2.1993 – III ZR 47/92, BB 1993, 752, NJW 1994, 1060, 1063 – Daihatsu.

40 Vgl. auch BGH, 6.10.1999 – VIII ZR 125/98, BB 2000, 60 m. BB-Komm. *Emde*, NJW 2000, 515, 521 – Kawasaki.

41 BGH, 25.2.1993 – III ZR 47/92, BB 1993, 752, NJW 1994, 1060, 1063 – Daihatsu.

42 BGH, 6.10.1999 – VIII ZR 125/98, BB 2000, 60 m. BB-Komm. *Emde*, NJW 2000, 515, 521 – Kawasaki.

43 *Weidenkaff*, in: Palandt, 78. Aufl. 2019, § 626, Rn. 2.

44 Hierzu statt aller *Weidenkaff* (Fn. 43), § 626, Rn. 23.

45 Vgl. BAG, 19.4.2012 – 2 AZR 186/11, NJW 2013, 104 – Prüfung aller Umstände.

46 *Weidenkaff* (Fn. 43), § 626, Rn. 18.

47 BGH, 26.5.1986 – VIII ZR 218/85, NJW 1986, 3134.

48 Statt aller *Martens*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2019, § 314, Rn. 24.

49 BGH, 23.7.2008 – XII ZR 134/06, NJW 2008, 3210 – gilt auch für gewerbliche Miete: zwei aufeinander folgende Monate – Rückstand mindestens eine Monatsmiete (Alternative zwei in Nr. 3 lit. a).

„wiederholt“ gegen die entsprechende Klausel in den AGB des Betreibers der Online-Plattform verstoßen. Eine solche Konstellation wäre aber unter der Perspektive des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht zu tolerieren.

### cc) Aussetzen der Online-Vermittlungsdienste

Wesentlich schwieriger ist es, die in Art. 3 Abs. 1 lit. c) genannten weiteren Tatbestandsmerkmale – das des vollständigen oder teilweisen Aussetzens oder Einschränkens der geschuldeten Vermittlungsdienste – rechtlich sauber einzuordnen. Unbedenklich im Sinn von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dürfte diese Konstellation besagen, dass es sich auf Seiten des Betreibers der Online-Plattform um ein nicht behebbares Leistungshindernis, also: im Sinn eines vollständigen Aussetzens der angebotenen Dienste handelt. Trifft dies zu, dann kommen die gleichen Erwägungen zum Tragen, wie sie bei Klauseln aus dem Katalog der „Höheren Gewalt“ bekannt sind.<sup>50</sup> Es müssen daher Leistungshindernisse im Sinn der Unmöglichkeit nach § 275 BGB sein, welche aber in der Tagespraxis extrem selten sind.

Schwieriger wird die Antwort in den Fällen, in denen die Dienste nur „teilweise“ ausgesetzt oder auch nur „eingeschränkt“ werden. Für diese Fälle rechtfertigende Gründe zu finden, dürfte schon deswegen sehr schwer sein, weil dieser in Art. 3 Abs. 1 lit. c) genannte Tatbestand ausgesprochen konturenunscharf ist. Aus den Erwägungsgründen ergibt sich insoweit lediglich, dass es sich um „legitime“ Gründe handeln muss.<sup>51</sup> Für gewöhnlich wird hier die Grenze, welche ja für jedes Synallagma gilt, in § 320 BGB gezogen, die dann vor allem durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den zu beachtenden Geboten von Treu und Glauben in § 320 Abs. 2 BGB verfestigt wird.<sup>52</sup> Beide Merkmale sind extrem schwer im Blick auf ihre zu konkretisierenden Voraussetzungen in eine Klausel zu fassen (es sei denn, man wiederholt den Gesetzestext), zumal auch die Verpflichtung zur unbedingten Transparenz nach Art. 3 Abs. 1 lit. a) besteht. Denn es ist stets im Sinn des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB zu vermeiden, dass die Klausel dem Verwender einen unberechtigten Beurteilungsspielraum eröffnet.<sup>53</sup> Hinzu kommt, dass es eine feststehende Rechtsprechung gibt, die – jedenfalls im Bereich des Vertragshändlerrechts, das ja auch tendenziell dem Regime der §§ 675, 611 ff. BGB folgt<sup>54</sup> – eine Teilkündigung strikt als unwirksam nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB einordnet.<sup>55</sup>

Im Hintergrund steht bei all diesen in Art. 3 Abs. 1 lit. c) angesprochenen Fällen einer Beendigung/Aussetzung/Einschränkung der geschuldeten Dienste, dass der Betreiber der Online-Plattform mit einer solchen einseitigen Sanktion das zugrunde liegende Synallagma des mit dem gewerblichen Nutzer abgeschlossenen Vertrages und die berechtigten Interessen des gewerblichen Nutzers erheblich stört. Betroffen ist also das über § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB geschützte Äquivalenzprinzip von Leistung und Gegenleistung. Zwangsläufig muss dies dann auch zu einer entsprechenden Reduzierung des Entgelts führen, welches der gewerbliche Nutzer dem Betreiber der Online-Plattform vertraglich schuldet (§ 320 Abs. 2 BGB). Überdies beeinträchtigt ein solches Vorgehen die Gewinnerwartungen, welche der gewerbliche Nutzer berechtigterweise hegen darf. Der Gesetzgeber wird also gut daran tun, bei der Umsetzung von Art. 3 Abs. 1 lit. c) ausgesprochen restriktiv vorzugehen, um den Spielraum zur Ausgestaltung im Rahmen von AGB-Klauseln von vornherein nach Maßgabe des nicht zu beeinträchtigenden Äquivalenzverhältnisses zu beschränken.

### dd) Notwendiger Schutz des gewerblichen Nutzers wegen seiner Vertragsbeziehung zum Verbraucher

Dabei wird man auch den allgemeinen Aspekt in Erwägung ziehen müssen: Hinter den gewerblichen Nutzern stehen immer Verbraucher, wie sich aus der Definition des gewerblichen Nutzers in Art. 2 Nr. 1 ergibt.<sup>56</sup> Zugunsten der Verbraucher gilt aber uneingeschränkt im Verhältnis zum gewerblichen Nutzer (neben der E-Commerce-Richtlinie)<sup>57</sup> der Klauselkatalog der Richtlinie 93/13/EWG.<sup>58</sup> Hier lautet der maßgebende Grundsatz des Art. 3 Abs. 1, dass eine vom Nutzer gestellte Klausel immer dann als missbräuchlich anzusehen ist, wenn sie „entgegen den Geboten von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten verursacht“. Genau diese Konstellation dürfte in der Regel eintreten, wenn eine vom Verbraucher getätigte und vom Nutzer bestätigte Bestellung deswegen nicht oder nicht rechtzeitig ausgeführt werden kann, weil der Online-Betreiber seine Vermittlungsdienste gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. c) „teilweise aussetzt“ oder auch „in irgendeiner anderen Art einschränkt“.

Gerade in diesen Fällen wird der Gesetzgeber bei der Umsetzung dieser Norm gut daran tun, alles daran zu setzen, um zu vermeiden, dass der Nutzer durch die weitreichende Regel des Art. 3 Abs. 1 lit. c) auf der einen Seite und die zwingenden Normen der Richtlinie 93/13/EWG und damit auch durch die §§ 307 ff. BGB in die Zange genommen wird. Es könnte sich daher anbieten, auf die Grundaussage des BGH im Urteil vom 4.7.2017 zurückzugreifen.<sup>59</sup> Denn dort ist als maßgebender Schutzzweck des AGB-Rechts festgelegt, dass es darum geht, die einseitige Gestaltungsmacht des Verwenders nach Maßgabe der als „Leitbild“ dienenden Normen des dispositiven Gesetzesrechts (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) einzuschränken, wenn sie die Belange des anderen Vertragsteils deswegen in nicht zu billiger Weise verletzt, weil sie von eben diesen Gerechtigkeitsgeboten nicht nur unerheblich abweicht.<sup>60</sup> Durch ein solches Abweichen wird nämlich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders indiziert.<sup>61</sup> Entscheidend ist dann für den hier zu beleuchtenden Zusammenhang die kategorische Aussage des BGH, dass unter Beachtung eines nur so zu verstehenden Schutzzwecks des AGB-Rechts und seiner richterlichen Inhaltskontrolle der Schutz des Verbrauchers und der des Unternehmers<sup>62</sup> im Rahmen von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB gleichgelagert sind.<sup>63</sup>

50 Vgl. *Thüsing*, in: *AGB-Klauselwerke*, EL 41, 2019, Höhere Gewalt-Klauseln, Rn. 12 ff.

51 Erwägungsgrund Nr. 22.

52 Zu den Einzelheiten vgl. *Grüneberg* (Fn. 11), § 320, Rn. 10.

53 BGH, 1.10.2019 – VI ZR 156/18, BB 2019, 2960, WM 2019, 2304, Rn. 23.

54 Hierzu *Manderla*, in: *Martinek/Semler/Flohr*, *Handbuch des Vertriebsrechts*, 4. Aufl. 2016, § 25, Rn. 7.

55 BGH, 6.10.1999 – VIII ZR 125/98, BB 2000, 60 m. BB-Komm. *Emde*, NJW 2000, 515 – *Kawasaki*.

56 „Gewerblicher Nutzer“ ist jede im Rahmen einer geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit handelnde Privatperson oder jede juristische Person, die über Online-Vermittlungsdienste und für Zwecke im Zusammenhang mit ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit *Verbrauchern* Waren oder Dienstleistungen anbietet“ (Hervorhebung durch den Verf.).

57 Hierzu *Wendehorst*, *EuCML* 2016, 30 ff.

58 *ABl.* vom 21.4.1993 – L 95/29.

59 BGH, 4.7.2017 – XI ZR 562/15, BB 2017, 2058, NJW 2017, 2986, mit Anm. *Tröger*.

60 BGH, 4.7.2017 – XI ZR 562/15, BB 2017, 2058, NJW 2017, 2986, Rn. 40.

61 BGH, 13.5.2014 – XI ZR 405/12, NJW 2014, 2420, Rn. 69.

62 Im Einzelnen auch *Graf von Westphalen*, BB 2017, 2051 ff.

63 BGH, 4.7.2017 – XI ZR 562/15, BB 2017, 2058, NJW 2017, 2986, Rn. 66.

## V. Nichtigkeitssanktion für unwirksame AGB

### 1. Grundaussage des Art. 3 Abs. 3

Nicht sehr überraschend ist die Feststellung in Art. 3 Abs. 3, dass etwaige AGB, welche den hier behandelten Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 nicht genügen,<sup>64</sup> nichtig sind. Das entspricht im Kern der Grundaussage, wie sie auch in § 306 Abs. 1 BGB verankert ist. Doch die entscheidende Frage ist, ob im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 dann auch nach § 306 Abs. 2 BGB als Ersatzrecht das von der AGB-Klausel verdrängte dispositive Recht eingreift, was ja auch nach der Rechtsprechung des BGH den Rückgriff auf die ergänzende Vertragsauslegung nach den §§ 133, 157 BGB gestattet, sofern dispositives Recht zur Lückenfüllung nicht zur Verfügung steht.<sup>65</sup>

Dies könnte mehr als fraglich sein. Denn der Erwägungsgrund Nr. 20<sup>66</sup> postuliert eindeutig, dass die Nichtigkeitssanktion einer AGB-Klausel erga omnes gilt. Und – das kommt hinzu – „sie sollte ex tunc so behandelt werden, als hätte sie nie bestanden“.<sup>67</sup>

#### a) Zentraler Angriff gegen § 306 Abs. 2 BGB

##### aa) Wirkung „erga omnes“

Diese Aussage im Erwägungsgrund Nr. 20 ist als Blattschuss gegen § 306 Abs. 2 BGB gerichtet. Dabei ist bereits hervorzuheben, dass die – absolute – Nichtigkeitssanktion (erga omnes) dem deutschen Schuldrecht völlig fremd ist. Sie ist in der Sache – freilich auf der Ebene des materiellen Rechts, nicht des Prozessrechts – nichts anderes als ein im Rahmen des UKlaG ergangenes Urteil, welches die Unwirksamkeit einer Klausel feststellt. Ist dies aus dem Tenor abzulesen, dann zielt diese Urteilswirkung auch dahin, dass es dem Verwender untersagt ist, sich bei bereits früher abgeschlossenen Verträgen auf die nach § 9 UKlaG als unwirksam qualifizierte Klausel zu berufen.<sup>68</sup> Ob diese Parallele allerdings die rigide, absolut wirkende materiell-rechtliche Aussage von Erwägungsgrund Nr. 20 trägt, ist noch nicht ausgemacht. Ist danach eine Klausel, welche der Betreiber der Online-Plattform gegenüber seinen Nutzern verwendet, auch nur in einem einzigen Fall als „nichtig“ judiziert worden, müssen alle Nutzer von der Nichtigkeitssanktion profitieren. Möglicherweise ist hier im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens daran zu denken, dass eine gesetzliche Informationspflicht des Betreibers der Online-Plattform geschaffen wird, das betreffende Urteil gegenüber allen Vertragspartnern unverzüglich bekanntzumachen und strafbewehrt zu versichern, dass die Klausel in keinem Fall mehr als wirksam behandelt werden wird.

##### bb) Wirkung ex tunc

Die hier wiedergegebene Passage des Erwägungsgrundes Nr. 20 geht aber noch einen fatalen Schritt weiter. Sie schreibt nämlich vor, dass die Feststellung der Nichtigkeit einer gegen Art. 3 Abs. 1 verstoßenden Klausel nach Art. 3 Abs. 3 mit Wirkung ex tunc für nichtig erklärt werden muss. Nimmt man als Beispiel für das zu Sagende die aus der Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von Preisanpassungsklauseln bei Energielieferverträgen bekannte „Dreijahres“-Lösung nach den §§ 195, 199 BGB insoweit als Maßstab<sup>69</sup> und überträgt sie auch auf den unternehmerischen Bereich, dann ist die Nichtigkeit einer Preisanpassungsklausel von Anfang der Vertragsbeziehung an als zwingend einzuordnen. Es findet also keine (durch Vertragsauslegung zum Leben erweckte) Verjährung als Ersatzlösung statt, welche nach der europarechtlich im Übrigen höchst strittigen Auffassung<sup>70</sup> des BGH seit dem Zeitpunkt nach den §§ 195, 199 BGB beginnt, in wel-

chem die erste Abrechnung mit dem geänderten Preis beim Kunden eintrifft. Vielmehr gilt zwingend nach Art. 3 Abs. 3 der „alte“ Preis, und dies auf Dauer. Und es gelten dann natürlich auch im Blick auf bereits zu Unrecht gezahlte Entgelte die Regeln der §§ 812 ff. BGB.

Gerade wegen der umfassenden Bedeutung des Transparenzgebots für die Abfassung von AGB-Klauseln nach Art. 3 Abs. 1 lit. a) kann man die Explosionswirkung von Art. 3 Abs. 3, wie sie sich aus dem Erwägungsgrund Nr. 20 ablesen lässt, gar nicht hoch genug einschätzen. Jedenfalls scheint sicher zu sein, dass § 306 Abs. 2 BGB im unternehmerischen Bereich diese Attacke nicht überleben wird.

#### cc) Nicht trennbare Klauseln

Erwägungsgrund Nr. 20 ordnet allerdings noch eine weitere Wirkung einer als nach Art. 3 Abs. 3 nichtig anzusehenden AGB-Klausel an. Er sagt zwar, dass die Nichtigkeitssanktion nur die betreffende Klausel erfasst. Doch fügt der europäische Gesetzgeber im gleichen Atemzug an, dass dies für andere AGB-Klauseln nur dann gelten soll, „sofern sie getrennt von den nicht den Vorgaben entsprechenden Bestimmungen betrachtet werden können“. Diese Frage zu beantworten, wird nur an Hand einer sorgfältigen Auslegung zu bewerkstelligen sein, die den gesamten Vertrag darauf überprüfen muss, inwieweit eine Trennbarkeit gegenüber anderen Klauseln anzuerkennen ist.

Im Blick auf die im Erwägungsgrund Nr. 20 angesprochene Forderung nach „Rechtssicherheit für beide Parteien“, also für alle Nutzer (erga omnes) sowie für den Betreiber der Online-Plattform wird man daher zwingend nur einen generell-abstrakten Prüfungsmaßstab anlegen dürfen. Doch der Zweck dieser rigiden Regel, wie sie aus dem Erwägungsgrund Nr. 20 folgt, liegt allemal in der flächendeckenden Abschreckungswirkung gegenüber den ohnehin als marktstark eingestufteten Betreibern von Online-Plattformen.

## VI. Zusammenfassung: Änderungsbedarf in den §§ 305 ff. BGB

1. Es ist eine sehr schwer lösbare Aufgabe, ob der Gesetzgeber die Umsetzung der VO 2019/1150 sektoral bewältigt oder ob er sie ins bisherige System der §§ 305 ff. BGB einfügt. Doch die erforderlichen Änderungen sind in jedem Fall sehr erheblich und in ihren praktischen Auswirkungen nicht abschätzbar.

64 Die sich auch ergebende Problematik einer Änderung der AGB (Art. 3 Abs. 2) wird hier nicht dargestellt.

65 BGH, NJW 2015, 1167; BGH NJW 2012, 1865 – jeweils Preisanpassung in einem Energieliefervertrag bei unwirksamer Klausel; im Einzelnen auch *Schmidt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. Köln 2016, § 306, Rn. 31 ff.

66 „Zum Schutz der gewerblichen Nutzer und um Rechtssicherheit für beide Parteien zu schaffen, sollten allgemeine Geschäftsbedingungen, die dem nicht entsprechen, nichtig sein, d.h. sie sollten mit Wirkung erga omnes und ex tunc so behandelt werden, als hätten sie nie bestanden. Dies sollte jedoch nur für die jeweiligen Bestimmungen der Geschäftsbedingungen gelten, die die den Vorgaben nicht genügen. Alle übrigen Bestimmungen sollten weiterhin wirksam und durchsetzbar sein, sofern sie getrennt von den nicht den Vorgaben entsprechenden Bestimmungen betrachtet werden können.“

67 Der zweite Teil des Erwägungsgrundes Nr. 20, der hier allerdings nicht behandelt wird, lautet im Blick auf Änderung von AGB durch den Betreiber einer Online-Plattform: „Unvermittelte Änderungen bestehender allgemeiner Geschäftsbedingungen können die Geschäftstätigkeit des gewerblichen Nutzers erheblich beeinträchtigen. Um solche negativen Auswirkungen auf gewerbliche Nutzer zu begrenzen und einem solchen Verhalten entgegenzuwirken, sollten Änderungen, die unter Verletzung der Pflicht zur Einräumung einer festgelegten Frist vorgenommen werden, als nichtig gelten, d.h. sie werden erga omnes und ex tunc so betrachtet, als hätten sie nie bestanden.“

68 *Micklitz/Rott*, in: MüKo ZPO, 5. Aufl. 2017, § 5 UKlaG, Rn. 17; § 1 UKlaG, Rn. 3.

69 BGH, 6.4.2016 – VIII ZR 79/15, NJW 2017, 320 m.w.N.

70 Grundlegend *Fevers/Gsell*, NJW 2019, 2569 ff.; *Graf von Westphalen*, EuZW 2019, 121 ff.; *Markert*, EnWZ 2017, 173, 174.

2. Eine sehr weitreichende Änderung von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB ist erforderlich. Denn die Definition von AGB erweitert sich entsprechend der Definition in Art. 2 Nr. 10 um den Tatbestand einer erforderlichen „Gesamtbewertung“, in den als irrelevant für die Bejahung des AGB-Charakters einer Vertragsklausel einfließen, nämlich: das Stattfinden von Verhandlungen sowie auch die gemeinsame Festlegung der Vertragsbedingungen für den Vertragsinhalt. Das kann auch § 305 Abs. 1 S. 3 BGB kaum ungeschoren überstehen.

3. Der Anbieter/Betreiber einer Online-Vermittlungsplattform ist immer als AGB-Verwender einzustufen, und zwar auch ohne Rücksicht auf das aktuelle Stellen der AGB anzusehen.

4. Die Feststellung, dass die nach Art. 3 Abs. 1 einzuhaltenen Wirksamkeitsvoraussetzungen – Transparenzfordernis und legitime Gründe für Beendigung, Aussetzen oder Einschränken der Online-Dienste – nicht beachtet sind, führt nach Art. 3 Abs. 3 entgegen § 306 Abs. 2 BGB zur absoluten Nichtigkeit der Klausel; sie wirkt nach dem Inhalt des Erwägungsgrundes Nr. 20 „erga omnes“ und auch „ex tunc“. Für einen Rückgriff auf dispositives Ersatzrecht ist kein Platz mehr; eine ergänzende Vertragsauslegung ist im Rahmen von § 306 Abs. 2 BGB nicht mehr zulässig.

5. Trotz der strengen Wirkungen, welche im Rahmen von Art. 6 und 7 der Richtlinie 1993/13/EWG für den Bereich des Verbraucherrechts

auf Grund der Rechtsprechung des EuGH wegen der Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel im Blick auf die dadurch verursachte mögliche Nichtigkeit des gesamten Vertrages anzuerkennen ist,<sup>71</sup> sind die nachteiligen Wirkungen, wie sie sich für den gewerblichen Bereich nach Art. 3 Abs. 3 bei Feststellung der Nichtigkeit einer Klausel ergeben, ungleich dramatischer.

6. Durch die VO 2019/1150 hat der europäische Gesetzgeber im Bereich des AGB-Rechts die oft als paternalistisch gebrandmarkte AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr gemäß §§ 307, 310 BGB links überholt und weit hinter sich gelassen.

**Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen**, RA, seit 2004 Honorarprofessor der Universität Bielefeld. Mitglied des Herausgeberbeirats von ZIP, EWIR, Schriftleiter der DWRZ sowie im Beirat des BB.



71 Hierzu Graf von Westphalen, NZM 2018, 1011 ff.

## BGH: Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen durch Automobilhersteller – Ersatzteilmعلومات II

BGH, Urteil vom 30.1.2020 – I ZR 40/17

ECLI:DE:BGH:2020:300120UIZR40.17.0

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2020-586-1](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

### AMTLICHE LEITSÄTZE

a) Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (ABl. L 171 vom 29. Juni 2007, S. 1) ist eine Marktverhaltensregel im Sinne des § 3a UWG.

b) Ein Automobilhersteller, der potentiellen Nutzern auf seiner Website ein Informationsportal gegen Entgelt zur Verfügung stellt, auf dem mittels Eingabe der Fahrzeugidentifikationsnummer nach Fahrzeugen gesucht und die Original-Ersatzteile ermittelt werden können, genügt seiner aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 folgenden Pflicht zur Gewährung eines uneingeschränkten und standardisierten Zugangs zu Reparatur- und Wartungsinformationen auf leicht und unverzüglich zugängliche Weise über das Internet mithilfe eines standardisierten Formats, auch wenn die Informationen nicht in elektronisch weiterverarbeitbarer Form zur Verfügung gestellt werden.

c) Das in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 vorgesehene Diskriminierungsverbot ist nicht verletzt, wenn ein Automobilhersteller durch Einschaltung eines Informationsdienstleisters zugunsten von autorisierten Händlern und Reparaturbetrieben einen weiteren Informationskanal für den Vertrieb von Originalersatzteilen eröffnet, so-

fern über dieses Informationssystem nicht mehr oder bessere Informationen zugänglich sind, als unabhängige Marktteilnehmer über das Informationsportal des Automobilherstellers erlangen können.

UWG § 3a; Verordnung (EG) Nr. 715/2007 Art. 6; Verordnung (EG) Nr. 692/2008 Ziffer 2.1 Abs. 4 des Anhangs XIV; Verordnung (EU) Nr. 566/2011

### SACHVERHALT

Der Kläger ist ein Branchenverband des Großhandels für Kraftfahrzeugteile. Die Beklagte ist ein in S. ansässiger Kraftfahrzeughersteller. Die von der Beklagten hergestellten Fahrzeuge erhalten eine Fahrzeugidentifikationsnummer. In einer Datenbank, die ein mit der Beklagten konzernverbundenes Unternehmen unterhält, sind unter der Fahrzeugidentifikationsnummer die im betreffenden Fahrzeug verbauten Komponenten gespeichert. Nutzer können über ein Internetportal („K. Global Service Way“) gegen Entgelt die zu der jeweiligen Fahrzeugidentifikationsnummer gespeicherten Daten einsehen. Dieser Lesezugriff wird sowohl mit der Beklagten vertraglich verbundenen Reparaturbetrieben als auch unabhängigen Marktteilnehmern gewährt. Werkstätten können auf diese Weise ermitteln, welche Original-Ersatzteile sie für eine Reparatur benötigen.

Der Kläger ist der Auffassung, dass die Beklagte ihm und seinen Mitgliedern über einen bloßen Lesezugriff per Einzelabruf hinaus elektronischen Zugriff auf den mit den Fahrzeugidentifikationsnummern verknüpften Datenbestand gewähren müsse, damit die Daten von freien Ersatzteilerstellern verarbeitet und Reparaturbetrieben unter Verknüpfung mit der Fahrzeugidentifikationsnummer alternative Teilelisten zur Verfügung gestellt werden können.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, die Daten zur Identifikation der in ihren Fahrzeugen verbauten Fahrzeugteile unabhängigen