

Verordnung (EU) 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (P2B-VO)

Busch

2022

ISBN 978-3-406-75320-6

C.H.BECK

Rechtsprechung zum Vertragshändlerrecht folgen will:¹⁴⁶ Gerade in Dauerschuldverhältnissen, um die es sich hier ja handelt, müssen die **Preisgestaltungen transparent** im Sinn von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB sein.¹⁴⁷ Folglich müssen nachvollziehbare (triftige), vorhersehbare Gründe für eine Preisänderung in den AGB verankert sein, weil nur so die Möglichkeit besteht, diese Entwicklung auch mit einiger Sicherheit vorab zu kalkulieren.

Bei **Tagespreisklauseln** steht die Literatur auf dem Standpunkt, dass diese dann mit dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB vereinbar sind, wenn die zugrunde liegenden Interessen zwischen den Parteien **gleichgelagert** sind.¹⁴⁸ Doch wegen der bereits aufgezeigten Parallelität zwischen einem Vertragshändlervertrag und dem hier zu behandelnden Online-Vermittlungsvertrag erscheint es sachgerecht, die einseitige Möglichkeit des Anbieters, einen Tagespreis festzulegen, gleichwohl zu beschneiden, so dass die angestrebte Änderung des Preises – trotz und gerade wegen des Bestehens eines Dauerschuldverhältnisses – an die strengen Voraussetzungen gebunden sein sollte, die auch die Judikatur in dem bekannten Honda-Urteil aufstellt.¹⁴⁹ Diese Erwägungen wird man vor allem auch dann für wesentlich ansehen müssen, wenn zwischen den Parteien des Online-Vermittlungsvertrages eine **Ausschließlichkeit** vereinbart ist, weil dann dem gewerblichen Nutzer ein Ausweichen nicht möglich ist. Danach muss also als Voraussetzung der Wirksamkeit einer Preisanpassungsklausel ein **berechtigtes Interesse** auf Seiten des Anbieters vorliegen; ferner müssen in der Klausel selbst schwerwiegende Änderungsgründe benannt, und schließlich müssen die **berechtigten Belange des Nutzers ausreichend gewahrt** werden.¹⁵⁰ Dieser ist nämlich am Ende der Kette ein Verbraucher, so dass es maßgebend darauf ankommt, ob sich der Nutzer – als Folge einer Anpassung des Preises in seinem Verhältnis zum Anbieter – selbst das Recht vorbehält, die für die Dienstleistungen oder Waren vom Käufer geschuldeten Preise entsprechend zu ändern (→ Rn. 48). Damit ist allerdings die Ebene des Transparenzgebots des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verlassen und das Feld der richterlichen Inhaltskontrolle von Preisanpassungsklauseln nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unter Beachtung des **Äquivalenzprinzips** von Leistung und Gegenleistung betreten.¹⁵¹ Doch sind die Grenzen fließend, weil die Transparenzanforderungen bei Preisanpassungsklauseln auch das Äquivalenzverhältnis sichern helfen.¹⁵²

Dabei ist auch zu beachten, dass der gewerbliche Nutzer gegenüber seinem Vertragspartner, dem Verbraucher, an die strikte Regel des § 309 Nr. 1 BGB gebunden ist. Danach ist eine **kurzfristige Preiserhöhung**, welche innerhalb von vier Monaten nach Vertragsabschluss geliefert werden, unwirksam.¹⁵³ Zugunsten der Ver-

¹⁴⁶ Vgl. Palandt/Grüneberg § 309 Rn. 9; Staudinger/Coester-Waltjen BGB (2019) § 309 Nr. 1 Rn. 28.

¹⁴⁷ MüKoBGB/Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 1 Rn. 35.

¹⁴⁸ BeckOK BGB/Becker, BGB, 1.11.2020, § 309 Nr. 1 Rn. 38; Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 1 Rn. 47; Dammann in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 309 Nr. 1 Rn. 165; für eine „redliche“ Ausgestaltung Staudinger/Coester-Waltjen BGB (2019) § 309 Nr. 1 Rn. 28.

¹⁴⁹ BGH NJW-RR 2005, 1496 (1501) – Honda.

¹⁵⁰ BGH NJW-RR 2005, 1496 (1501) – Honda; NJW 2000, 651 – Kreditinstitut; NJW 2000, 515 (520) – Kawasaki; NJW 1994, 1060 (1063) – Daihatsu.

¹⁵¹ BeckOGK/Zscheschack, BGB, 1.9.2020, § 307 Rn. 37 – Preisklausel.

¹⁵² Staudinger/Wendland BGB (2019) § 307 Rn. 330 a.

¹⁵³ Vgl. Palandt/Grüneberg BGB § 309 Rn. 3 ff.

braucher gilt diese strikte Rechtsprechung bei etwaigen Preisanpassungsklauseln auch im schnelllebigsten Medienbereich.¹⁵⁴ Kategorisch sagt es der BGH – freilich mit Bezug auf den Verkehr gegenüber dem Verbraucher – dass die rasanten technischen Veränderungen im Internetmarkt und die Pflicht, sich einem ständig härter werdenden Wettbewerb zu stellen, nicht dem Verwender das Recht geben, außerhalb der etablierten Regeln einer **Änderungskündigung** weitgehende Änderungen des Vertragsgefüges mit Hilfe von AGB-Klauseln herbeizuführen,¹⁵⁵ was im entschiedenen Fall auch eine Preisanpassungsklausel betraf. Diese nur als sehr engmaschig zu bezeichnende Rechtsprechung im Verbraucherbereich hat im Rahmen von § 309 Nr. 1 BGB insoweit ihren Rückstoßeffect, als sie im Bereich des Vertragshändlervertrages den Hersteller/AGB-Verwender daran hindert, auf die viermonatige Bindungswirkung des Vertragshändlers gegenüber seinem Endkunden nicht die nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB geforderte **Rücksicht** zu nehmen, sondern zuzulassen, dass dieser durch die einseitige Preisgestaltung – hier wäre es der Nutzer – in die Zange genommen wird.¹⁵⁶

- 49 Nimmt man diese auf die Beachtung des **Transparenzgebots** – Stichwort: Vorherschaubarkeit und Kalkulierbarkeit der Preisentwicklung – zusammen, dann sprechen im deutschen Recht überwältigende Gründe dafür, dem Anbieter nicht das einseitige – voraussetzungslose – Preisanpassungsrecht zuzugestehen. Vielmehr scheitert es im Zweifel bereits an der Hürde des Transparenzgebots, das konkrete und für den durchschnittlichen Nutzer nachvollziehbare Gründe für eine Preisänderung verlangt, weil nur so das Recht auf Wahrung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung beachtet werden kann.¹⁵⁷ Insoweit gilt aber die auf die Wirksamkeit der Preisanpassungsklausel zielende Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Nutzers, nicht zwischen die Mühlensteine zu geraten, indem er einerseits gegenüber dem Anbieter bereits nach den §§ 145 ff. BGB gebunden ist, andererseits aber mit der Keule einer plötzlichen, voraussetzungslosen Preisänderung getroffen wird. Die Markt- und Machtinteressen des Anbieters müssen hinter dem zu wahrenden Äquivalenzverhältnis zugunsten des Nutzers zurücktreten. Diese Einsicht ist Teil eines wiederherzustellenden Gleichgewichts.

- 50 c) **Praktische Einsichten in Anbieter-AGB**¹⁵⁸. Die AGB von „eBay“ sehen vor,¹⁵⁹ dass die Höhe der vom Nutzer für die Online-Vermittlungsdienste zu zahlenden „Gebühr“ sowie die Verkaufsprovision sich stets „nach der jeweils aktuellen Gebührenordnung“ richten. Das ist in der Sache gleichbedeutend mit der Vereinbarung eines Tagespreises (→ Rn. 47). Denn diese kann ja jederzeit geändert werden und soll dann auch in ihrer abgeänderten Form Vertragsbestandteil werden. Bedenken bestehen aber auch bei einer solchen Textierung unter der Perspektive der wirksamen **Einbeziehung**, weil es sich ja um eine Änderung des Vertrages handelt,¹⁶⁰ wenn „eBay“ eine neue Gebührenordnung erlässt. Man wird hier

¹⁵⁴ BGH NJW 2008, 360 Rn. 33.

¹⁵⁵ BGH NJW-RR 2008, 134 Rn. 15.

¹⁵⁶ Hierzu Martinek/Semler/Flohr VertriebsR-HdB/Budde, 2016, § 39 Rn. 68; im Einzelnen auch VertragsR und Klauselwerke/Graf von Westphalen/Mock, März 2020 – Preisanpassungsklauseln Rn. 75 ff.

¹⁵⁷ Staudinger/Wendland BGB (2019) § 307 Rn. 330 a.

¹⁵⁸ Stand: 1.9.2020.

¹⁵⁹ Stand: 1.9.2020.

¹⁶⁰ BGH NJW 2010, 864 Rn. 39; Palandt/Grüneberg BGB § 305 Rn. 51.

ähnlich argumentieren müssen wie bei der Verwendung der Klausel, dass nämlich die „jeweiligen AGB“ gelten sollen.¹⁶¹ Da es sich aber hier um ein Dauerschuldverhältnis handelt, wird man daher auch die oben berichtete Rechtsprechung des BGH in der Honda-Entscheidung (→ Rn. 47) als einschlägig ansehen müssen.¹⁶² Es handelt sich daher bei der hier zu untersuchenden Klausel um eine einseitiges Leistungsbestimmungsrecht von „eBay“, so dass für seine Wirksamkeit „schwerwiegende Gründe“ für die Ausübung eines solchen Änderungsrechts vorliegen müssen; und „die Voraussetzungen sowie der Umfang des Leistungsbestimmungsrechts müssen tatbestandlich hinreichend konkretisiert sein“.¹⁶³ Gerade dieses Tatbestandselement weist sehr deutlich in die Richtung, dass dem Transparenzerfordernis nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und im Ergebnis damit auch den Merkmalen des Art. 3 Abs. 1 lit. a Rechnung zu tragen ist.¹⁶⁴ Es muss eben eine hinreichende Transparenz gewährleistet sein, dass die Preiserhöhung nicht unabhängig von den zugrunde liegenden Kostenfaktoren sich vollziehen kann.

Eine sehr ähnliche Klausel verwendet auch „**real**“ in seinen AGB.¹⁶⁵ Dort ist bestimmt, dass die „Gebühren“ zu entrichten sind, wie sie in der **„jeweils gültigen Konditionsübersicht“** aufgeführt sind. Sehr deutlich heißt es auch dann, dass die „Gebührensätze vom Anbieter jederzeit geändert“ werden können; doch ist „**real**“ verpflichtet, diese Änderungen dem Nutzer/Händler mit einer Frist von 14 Tagen im Voraus mitzuteilen. Dieser kann dann den neuen Gebührensätzen innerhalb einer weiteren Frist von 14 Tagen widersprechen, was dann ein Kündigungsrecht von „**real**“ auslöst. Das ist ein klassisches Preisdiktat, das schon aus diesem Grund nicht mit § 307 Abs. 1 S. 1 BGB vereinbar ist. 51

Etwas anders ist die Preisanpassung von „**Autoscout24**“ gestaltet.¹⁶⁶ Danach hat der Verwender das Recht, die Preise „einmal kalenderjährlich um jeweils bis zu 5% anzuheben“. Auch hier steht dem Nutzer/Händler das Recht der fristlosen Kündigung des Vertrages zu, wenn er denn mit der Erhöhung nicht einverstanden ist. Auch diese Klausel verstößt im Sinn von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB gegen die Grundsätze der Honda-Entscheidung des BGH.¹⁶⁷ Sie ist aber insoweit unwirksam, als sie – unabhängig von einer Steigerung der den Preisen zugrunde liegenden Kosten – eine Erhöhung bis zu 5%/Jahr gestattet, aber keine Vorkehrung im Interesse des Nutzers/Händlers für den Fall trifft, dass eine Kostensenkung eintritt. Auf diese Weise verschafft sich „**real**“ die Möglichkeit, zusätzliche Gewinne zu generieren, was nicht hinnehmbar ist.¹⁶⁸ Das außerordentliche Kündigungsrecht des Nutzers/ 52

¹⁶¹ Hierzu auch VertragsR und AGB-Klauselwerke/Graf von Westphalen, März 2020 – Vertragsabschlussklausel Rn. 35f.

¹⁶² BGH NJW-RR 2005, 1496 (1501) – Honda.

¹⁶³ BGH NJW-RR 2005, 1496 (1501) – Honda.

¹⁶⁴ Hierzu allerdings großzügiger *Dammann* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 309 Nr. 1 Rn. 162; wie hier mit einer Parallele zu den Leistungsänderungsvorbehalten der BGH-Judikatur zum Vertragshändlerrecht *Fuchs* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 1 Rn. 46; auf die Beachtung des Gebots der Redlichkeit abstellend Staudinger/Coester-Waltjen BGB (2019) § 309 Nr. 1 Rn. 28.

¹⁶⁵ Stand: 1.9.2020.

¹⁶⁶ Stand: 1.9.2020.

¹⁶⁷ BGH NJW-RR 2005, 1496 (1501) – Honda.

¹⁶⁸ Hierzu auch *Fuchs* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 1 Rn. 46; Erman/Roloff/Looschelders, BGB, 16. Aufl. 2020, § 309 Rn. 17 gegen die Möglichkeit einer beliebigen Preisänderung oder auch eines zusätzlichen Gewinns.

Händlers ist auch hier keine angemessene Kompensation der durch die Klausel eintretenden Benachteiligung des betroffenen Nutzers/Händlers.¹⁶⁹

53 **g) Bestpreisklauseln. aa) Rechtliche Erwägungen.** Hier ist nach einer so genannten „engen“¹⁷⁰ und einer „weiten“¹⁷¹ Bestpreisklausel zu unterscheiden.¹⁷² Im ersten Fall zielt sie darauf ab, dass der Nutzer auf seiner eigenen Vermittlungsplattform keinen günstigeren Preis anbieten darf als dem Anbieter gegenüber. Diese Form der Bestpreisklausel ist **kartellrechtlich unbedenklich**.¹⁷³ Denn nur so kann der Provisionsanspruch des Anbieters gesichert und nicht durch eine abweichende Preisgestaltung auf der eigenen Internetseite des Nutzers unterlaufen werden.¹⁷⁴ Sie ist eine notwendige und vom Kartellverbot befreite¹⁷⁵ Nebenabrede.¹⁷⁶ Bei einer „weiten“ **Bestpreisklausel** darf der Nutzer dem Anbieter der Online-Vermittlungsdienste in Bezug auf den Preis nicht schlechter behandeln als andere Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten, einschließlich seines eigenen Vertriebskanals. Diese Form ist hingegen kartellrechtswidrig, weil sie die freie Preisgestaltung beeinträchtigt.

54 **bb) Praktische Einsichten in Anbieter-AGB**¹⁷⁷. Die von „**booking.com**“ angebotene Preisregelung **unterscheidet** sich strukturell von einer Bestpreisgarantie,¹⁷⁸ hat aber in der Sache den gleichen Effekt. Dort ist vorgesehen: Wenn der Endverbraucher nach Buchung einer Reise bei „**booking.com**“ im Internet einen „niedrigeren Preis“ zu „denselben Reisebestimmungen“ findet, dann verpflichtet sich „**booking.com**“ den „gleichen Preis“ zu bieten. Das ist sowohl kartell- als auch AGB-rechtlich unbedenklich. Denn der jeweilige Anbieter einer Reise/einer Unterkunft wird in keiner Weise in seiner freien Preisgestaltung beeinträchtigt.

55 **h) Fehlerhafte Darstellung der Rechtslage in wichtigen gewerblichen Fragen. aa) Position des Erwgr. 15 und 18.** Der Verordnungsgeber erklärt sehr deutlich im **Erwgr. 18**,¹⁷⁹ dass es das Anliegen dieser VO ist, „tragfähige Geschäftsbeziehungen“ zwischen dem Anbieter von Online-Vermittlungsverträgen und dem gewerblichen Nutzer zu errichten. Daher hält er fest, dass „zur Vermeidung **unlauteren Verhaltens zum Nachteil gewerblicher Nutzer** es unerlässlich sein kann, die Transparenz der allgemeinen Geschäftsbedingungen zu gewährleisten“. Man könnte daher versucht sein, die Frage aufzuwerfen, ob denn kein unlauteres und damit auch intransparentes Verhalten des Anbieters vorliegt, wenn er in seinen AGB die Rechtslage unzutreffend darstellt. Ansatzpunkt dafür, diese Frage zu bejahen,

¹⁶⁹ Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 1 Rn. 48.

¹⁷⁰ OLG Düsseldorf NZKart 2016, 291.

¹⁷¹ OLG Düsseldorf NZKart 2015, 148.

¹⁷² Hierzu Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Wettbewerbsrecht, 2020, GWB § 1 Rn. 235; Rohlfen ZVertriebsR 2019, 341 (343).

¹⁷³ OLG Düsseldorf NZKart 2019, 379 – booking.com.

¹⁷⁴ Hierzu auch Bosch NJW 2020, 1713 (1715) betreffend booking.com – OLG Düsseldorf NZKart 2918, 379.

¹⁷⁵ Hierzu Rohlfen ZVertriebsR 2019, 341 (344).

¹⁷⁶ OLG Düsseldorf NZKart 2019, 379 (381), Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Wettbewerbsrecht, 2020, GWB § 1 Rn. 235; Birk GRUR-Prax 2019, 452ff.

¹⁷⁷ Stand: 1.9.2020.

¹⁷⁸ Stand: 1.9.2020.

¹⁷⁹ Erwgr. 18 – ABl. 2019 L 186, 57 (60).

könnte sich aus dem Hinweis auf den Erwgr. 15 ergeben.¹⁸⁰ Dort heißt es nämlich, dass ein Verstoß gegen das Transparenzgebot der Klauselgestaltung im Sinn von Art. 3 Abs. 1 lit. a vorliegt, wenn der gewerbliche Nutzer nicht hinreichend ausführliche „Angaben zu wichtigen gewerblichen Fragen“ des Vertrages mit dem Anbieter erhält. Denn die Folge eines solchen Defizits besteht darin, dass **„für den gewerblichen Nutzer in den wichtigsten Aspekten des Vertragsverhältnisses kein angemessenes Maß an Vorhersehbarkeit gegeben ist“**.

Es liegt daher sehr nahe, diese „wichtigsten Aspekte“ des Vertrages mit denen 56 in eins zu setzen, welche in Art. 3 Abs. 1 lit. c–e¹⁸¹ ausdrücklich genannt sind. Denn auf alle diese Fallkonstellationen bezieht sich das in Art. 3 Abs. 1 lit. a angesprochene Transparenzgebot. Die sich insoweit ergebenden Einzelheiten werden noch gesondert dargestellt (→ Rn. 187 ff.). Entscheidend ist jedoch in diesem Zusammenhang: Das in Erwgr. 15 geforderte „angemessene Maß an Vorhersehbarkeit“ kann redlicherweise für den Nutzer in den AGB nur dann erreicht werden, wenn der Anbieter die jeweilige **Rechtslage auch zutreffend und transparent** dargestellt hat. Doch wird man noch einen Schritt weitergehen und die Regeln des Art. 3 Abs. 1 lit. c–e formal hinter sich lassen müssen. Denn es kommt im Sinn von Erwgr. 18 auch entscheidend darauf an, durch unlauteres – rechtswidriges – Verhalten Nachteile gegenüber den gewerblichen Nutzern zu vermeiden. Diese aber schlagen sich nicht nur im Bereich der Gebote des Art. 3 Abs. 1 lit. c–e nieder. Vielmehr spricht vieles dafür, auch die zutreffende Darstellung der Rechtslage bei der **Preisgestaltung** und insbesondere auch bei den **vielgestaltigen Haftungsregeln** hinzunehmen. Denn auch diese Klauseln stehen in aller Regel im Mittelpunkt der unternehmerischen Risikoeinschätzung, die von jedem gewerblichen Nutzer verlangt wird, bevor er den Vertrag mit dem betreffenden Anbieter von online-Vermittlungsdiensten abschließt. Doch der entscheidende Vorbehalt besteht hier gleichwohl darin, dass die Normen der VO selbst **keinen eigenständigen Maßstab** aufweisen, nach welchen materiell-rechtlichen Kriterien denn sich die Beurteilung vollziehen soll, wenn der Anbieter die bestehende Rechtslage unzutreffend oder unvollständig darstellt. Es bleibt daher kein anderer Ausweg als in diesen Fällen auf das jeweils anwendbare Recht zurückzugreifen. Damit wird bei Vereinbarung deutschen Rechts das zwingende Normgerüst der §§ 307, 310 BGB in Stellung gebracht. Dieses aber setzt sich nach der noch im Einzelnen zu begründenden Auffassung auch dann durch, wenn zwar fremdes Vertragsrecht vereinbart ist, aber das Marktortprinzip des UWG betroffen ist, weil und soweit im Interesse des Verbraucherschutzes zwingendes Recht nicht beachtet wurde (→ Rn. 146).

bb) Position des deutschen Transparenzgebots. Man kann sicherlich – 57
deutsches Vertragsrecht als anwendbar unterstellt – auch im Blick auf die zutreffend und vollständig darzustellende Rechtslage in den AGB des Anbieters dem Gedan-

¹⁸⁰ Erwgr. 15 – ABl. 2019 L 186, 57 (60).

¹⁸¹ „c) die Gründe benennen, bei deren Vorliegen entschieden werden kann, die Bereitstellung ihrer Online-Vermittlungsdienste für gewerbliche Nutzer vollständig oder teilweise auszusetzen oder zu beenden oder sie in irgendeiner anderen Art einzuschränken.

d) Informationen über zusätzliche Vertriebskanäle oder etwaige Partnerprogramme enthalten, über die der Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten die vom gewerblichen Nutzer angebotenen Waren und Dienstleistungen vermarkten könnte.

e) allgemeine Informationen zu den Auswirkungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die Inhaberschaft und die Kontrolle von Rechten des geistigen Eigentums gewerblicher Nutzer enthalten.“

ken nähertreten, dass auf diese Weise das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB in Stellung gebracht wird. Dann aber richtet sich die zu fordernde Vorhersehbarkeit der Rechte und Pflichten der Parteien nach den anwendbaren Regeln des deutschen Rechts. Nach diesen sind dann auch die entsprechenden Vorteile, insbesondere aber die jeweiligen Risiken und Nachteile für den Nutzer zu beurteilen. Man kann dann sogar mit belastbaren Gründen die im deutschen Recht etablierte Fallgruppe des Transparenzgebots zur Anwendung bringen, dass sich nämlich der Anbieter als Verwender durch AGB, welche die Rechtslage nicht korrekt wiedergeben – gerade im außergerichtlichen Bereich, das Beschwerdemanagement nach Art. 11 eingeschlossen – auf Grund der so entstehenden Unbestimmtheit der Rechtslage sich einen **ungerechtfertigten Beurteilungsspielraum** zum Nachteil des gewerblichen Nutzers eröffnet.¹⁸² Näher kommt man der im deutschen Recht vorherrschenden Kategorisierung des Transparenzgebots im Sinn des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB noch, wenn man in der fehlerhaften oder unvollständigen Darstellung der Rechtslage auch den Tatbestand einer **Irreführung** des Nutzers verwirklicht sieht.¹⁸³ Doch diese Sicht hätte sogleich das noch abzuwehrende Argument gegen sich, dass nämlich Wirksamkeits- und Transparenzkontrolle im Rahmen von § 307 BGB unterschiedliche Funktionen erfüllen.

- 58 Zudem ist, bevor eine abschließende Antwort formuliert werden kann, der Vorbehalt des Harmonisierungsgrades nach Art. 1 Abs. 4 in den Blick zu nehmen (→ Rn. 19). Erst dann kann die Frage abschließend beantwortet werden, ob denn und **nach welchem Regime** die fehlerhafte oder unvollständige Darstellung der geltenden Rechtslage in den AGB des Anbieters wegen fehlender Transparenz nach Abs. 1 lit. a oder nach den Regeln der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu sanktionieren ist. Dies gilt vor allem in den Fällen, in denen nicht deutsches Vertragsrecht zur Anwendung berufen ist, sondern fremdes Recht, welches dann nach der hier entwickelten Ansicht einen Rückgriff auf die Regel des § 3a UWG im Rahmen des Verbraucherschutzes auslöst (→ Rn. 68ff.). Daher ist schon an dieser Stelle anzumerken, dass der Verordnungsgeber im **Erwgr. 6** erklärt: „Die potenziell unlauteren und schädlichen Geschäftspraktiken bestimmter Anbieter solcher Dienste und das Fehlen wirksamer Abhilfemechanismen behindern die vollständige Erschließung dieses Potenzials und beeinträchtigen das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts.“ Und in **Erwgr. 18** ist eine direkte Verbindung zwischen dem Erfordernis der Transparenz und den Regeln des Lauterkeitsrechts hergestellt. Es heißt dort: „Zur Förderung tragfähiger Geschäftsbeziehungen und zur Vermeidung unlauteren Verhaltens zum Nachteil gewerblicher Nutzer kann es unerlässlich sein, die Transparenz der allgemeinen Geschäftsbedingungen zu gewährleisten.“

5. Anwendungsbereich von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB und § 307 Abs. 2 BGB

- 59 a) **Harmonisierungsgrad.** Daher stellt sich die jetzt mit aller Entschiedenheit zu vertiefende Frage, ob im Rahmen der richterlichen Inhaltskontrolle nach **Art. 3 Abs. 1 lit. a** auch ein Rückgriff auf die allgemeinen Tatbestände von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB und auf die **Wirksamkeitskontrolle** nach § 307 Abs. 2 BGB in Betracht zu ziehen ist. Dagegen könnte sprechen, dass in Art. 1 Abs. 1 der Begriff der „Fair-

¹⁸² BGH NJW-RR 2018, 642 Rn. 24; Palandt/Grüneberg BGB § 307 Rn. 26.

¹⁸³ Staudinger/Wendland BGB (2019) § 307 Rn. 192; Palandt/Grüneberg BGB § 307 Rn. 27; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 307 Rn. 342.

ness“ in ganz enger Beziehung zu dem der „Transparenz“ steht. Der Verordnungsgeber beschreibt nämlich an dieser Stelle das Ziel der Verordnung: Diese soll zum **ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarktes** beitragen, indem sie die Rechtsbeziehungen zwischen dem Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten und dem gewerblichen Nutzer Regelungen unterwirft, welche sicherstellen sollen, dass „angemessene **Transparenz, Fairness und wirksame Abhilfemöglichkeiten** geschaffen“ werden. Man könnte daraus ableiten, dass gerade auch das Merkmal der „Fairness“¹⁸⁴ sich in der richterlichen Inhaltskontrolle von AGB (nach § 307 BGB) niederschlägt.¹⁸⁵ Das trifft auch insoweit zu, als in **Art. 8 „besondere Vertragsbestimmungen“** vorgesehen sind (→ Art. 8 Rn. 4ff.).¹⁸⁶ Explizit sind dort nämlich die allgemeinen Grundsätze von Treu und Glauben als Maßstab für die auf eine Wirksamkeitskontrolle zielende Inhaltskontrolle einzelner Klauseln aufgeführt.

Damit ist aber noch nicht die wesentliche Frage beantwortet, ob denn das Merkmal der „Fairness“ – also: die Beachtung der Gebote von Treu und Glauben – als Kriterien einer Wirksamkeitskontrolle eine unionsrechtliche Antwort in Art. 3 Abs. 1 lit. a gefunden hat. Sucht man entsprechend den **Vorgaben von Art. 1 Abs. 4**, wonach der Vorrang der Regelungen dieser VO gegenüber dem Recht der einzelnen Mitgliedstaaten festgehalten wird, dann hilft auch bei der zu findenden Antwort ein Blick in die einschlägigen Erwägungsgründe, die sich mit der Inhaltskontrolle von AGB befassen, indessen nicht weiter. Insoweit **schweigt der Verordnungsgeber**. Dies bestätigt das sich abzeichnende Ergebnis – ist zumindest aber ein Indiz –, dass nämlich Art. 3 Abs. 1 lit. a mit dem dort niedergelegten – unionsrechtlich zu begreifenden – Transparenzgebot **keine Sperre** enthält, auf die nationalen Grundsätze der richterlichen Inhaltskontrolle nach Maßgabe von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB und auch von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zurückzugreifen, um AGB der Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten im Einzelfall für unwirksam zu erklären. Dafür spricht insbesondere auch die Erwägung, dass es in Art. 1 Abs. 4 heißt, dass die VO nicht die Fragen über die „**Wirksamkeit**“ von Vertragsbestimmungen „berührt“. Genau das ist jedoch das originäre Feld der richterlichen Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB oder nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.¹⁸⁷

Diesem Resultat kann nicht erfolgreich entgegengehalten werden, dass das Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB seinerseits eine sehr deutliche **materiell-rechtliche Komponente** aufweist, also nicht nur formal zu begreifen ist. Die Rechtsprechung des BGH betont nämlich als Grundsatz, dass es die Gebote von Treu und Glauben sind, welche den Verwender von AGB dazu verpflichten, seine AGB – mit all den weiteren Verzweigungen, welches dieses Gebot kennt (→ Rn. 27ff.) – klar und verständlich zu formulieren. Trifft dies nicht zu, ist die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Klausel vorgegeben. Der Ausgangssatz des BGH lautet daher auch immer: „Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nach den **Grundsätzen von Treu und Glauben** verpflichtet, Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen“.¹⁸⁸ Doch diese materiell-rechtlichen Elemente sind wesentlich schwächer als die auf die Sicherung der **Leitbildfunktion** des dispositiven Rechts ausgerichteten Merk-

¹⁸⁴ Zur Genese auch *Busch* IWRZ 2018, 147 (151).

¹⁸⁵ Vgl. zur Gesetzesgeschichte *Höppner/Schulz* ZIP 2019, 2329 (2331).

¹⁸⁶ Vgl. *Busch* GRUR 2019, 788 (791).

¹⁸⁷ So auch BeckOGK/*Weiler*, BGB, 1.12.2020, § 308 Nr. 3 Rn. 178.

¹⁸⁸ BGH NJW 2018, 2193 Rn. 34; 2016, 1575 Rn. 31; 2015, 2244 Rn. 16.

male nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.¹⁸⁹ Die Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln ist allerdings nicht nur im deutschen Recht von dem Transparenzgebot zu unterscheiden, sondern diese **Bipolarität** findet man auch in der Richtlinie 93/13/EWG¹⁹⁰, weil das allgemeine Klauselverbot des Art. 3 Abs. 1 dieser Richtlinie an die Merkmale von Treu und Glauben als ein wesentlicher Aspekt der **Missbräuchlichkeit** einer Klausel anbindet,¹⁹¹ während das Transparenzgebot seinen Platz im dortigen Art. 5 findet und ebenfalls auf den Geboten der Klarheit und der Verständlichkeit aufbaut. Ein ähnliches – bipolares – Aufbaumuster lässt sich im Übrigen auch in dieser VO im Verhältnis zu Art. 3 Abs. 1 lit. a auf der einen und Art. 8 mit seiner höchst limitierten Fairnesskontrolle entdecken. Man wird also in dieser Doppelstufigkeit der Inhaltskontrolle ein weit verbreitetes Muster unterschiedlicher Regime sehen können. Diese Feststellung aber führt zu dem Ergebnis: Die Berücksichtigung der **Grundsätze der richterlichen Inhaltskontrolle** nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB und auch der Kontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist neben dem Transparenzgebot des Art. 3 Abs. 1 lit. a auch gegenüber AGB-Klauseln des Anbieters von online-Vermittlungsdiensten gerechtfertigt und nicht durch den Vorrang nach Art. 1 Abs. 4 gesperrt. Das öffnet den Weg zu einer vertiefenden Beleuchtung des Regimes von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB und von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

- 62 **b) Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. aa) Vorgeschaltete generell-abstrakte Auslegung – § 305 c Abs. 2 BGB.** Ausgangspunkt und damit auch Grundlage der richterlichen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB ist stets der Inhalt der betreffenden Klausel, wie er sich aus der nach § 305 c Abs. 2 BGB **vorgeschalteten Auslegung** ergibt.¹⁹² Nach dieser Norm gilt ein allgemeiner, abstrakter, von den individuellen Parteien und ihren Interessen absehender Auslegungsstandard. Stets ist vom **Wortlaut der Klausel** ausgehend abzufragen, welches Verständnis denn redliche und verständige Parteien in dieser Situation bei Kenntnisnahme der betreffenden Klausel unter Beachtung ihrer typischen Interessen gehabt hätten.¹⁹³ So gesehen gilt dann auch folgender Grundsatz: „Dabei sind die Vorstellungen und Verständnismöglichkeiten eines **durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartners** des Verwenders zugrunde zu legen.“¹⁹⁴ Kommen danach, so sagt es der BGH immer wieder, nach Ausschöpfen aller Auslegungsbemühungen mindestens zwei Auslegungsalternativen in Betracht, dann kommt die **„kundenfeindlichste“ Auslegung** zum Zug.¹⁹⁵ Diese aber ist die Variante, welche dazu führt, die Klausel der richterlichen Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB zu unterwerfen, so gesehen ist sie freilich die kundenfreundlichste.¹⁹⁶ Doch hat sich die umgekehrte Terminologie eingebürgert.¹⁹⁷

¹⁸⁹ BGH NJW 2017, 2986 Rn. 37 ff. – gewerbliche Darlehen, Bearbeitungsgebühr.

¹⁹⁰ ABl. 1993 L 95, 29.

¹⁹¹ Im Einzelnen Grabitz/Hilf/Pfeiffer, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl., 2009 Art. 3 Rn. 48 ff.

¹⁹² Vgl. Palandt/Grüneberg BGB § 307 Rn. 8.

¹⁹³ BGH NJW 2018, 2117 Rn. 18; 2015, 2571 Rn. 20; 2010, 2197 Rn. 14.

¹⁹⁴ BGH NJW 2018, 2117 Rn. 18.

¹⁹⁵ Jüngstens BGH NJW 2020, 1811 Rn. 43 – anwaltliche Vergütungsvereinbarung; NJW 2008, 2172 – grundlegend.

¹⁹⁶ Palandt/Grüneberg BGB § 305 c Rn. 18 f.

¹⁹⁷ Vgl. auch Ulmer/Schäfer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 305 c Rn. 90.