

# Fälle zum Allgemeinen Schuldrecht

Kornblum / Stürner

9. Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-77225-2  
C.H.BECK

## Fall 14. Die schwierige Inzahlungnahme

*Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens – Unmöglichkeit – Herausgabeanspruch – „Vermittlungsvertrag“ – unangemessene Benachteiligung durch AGB*

### Sachverhalt

Frau *Hurtig* hat von ihrer verstorbenen Großtante einen Mercedes älteren Baujahres geerbt. Da ihr eigenes Auto, ein Opel Astra, ebenfalls schon betagt ist, beschließt sie, beide Fahrzeuge zu verkaufen und sich vom Erlös ein neues zu kaufen. Frau *Hurtig* ist geschäftlich unerfahren und möchte möglichst wenig Mühe auf den Verkauf der beiden Autos verwenden. Daher wendet sie sich wegen der Abwicklung an den Autohändler *Abele*. Dort gibt sie eine schriftliche „verbindliche Bestellung“ über den Kauf eines neuen Opel Corsa zum Gesamtpreis von 20 000 € ab. In der Bestellung heißt es u. a., dass eine „Gebrauchtwagen-Inzahlungnahme“ hinsichtlich des Opel Astra zum Preis von 6 000 € in der Weise erfolge, dass „sich die Barzahlung um den Inzahlungnahmepreis vermindert“. Wenige Tage später wird diese Bestellung von *Abele* schriftlich bestätigt. Gleichzeitig wird ein entsprechender Kaufvertrag über das Gebrauchtfahrzeug zwischen Frau *Hurtig* und *Abele* abgeschlossen. In Bezug auf den Mercedes schließen *Hurtig* und *Abele* einen „Vermittlungsvertrag“, den *Abele* für solche Geschäfte vorhält, und in den nur noch die jeweiligen Details (Vertragspartner, Fahrzeugtyp etc.) eingefüllt werden müssen. Dieser enthält u. a. folgende Bestimmungen:

„(1) Der Händler wird beauftragt, namens und auf Rechnung des Auftraggebers das diesem gehörende und nachfolgend beschriebene Fahrzeug zu verkaufen und zu übereignen.

(2) Bei erfolgreicher Vermittlung erhält der Auftragnehmer 10 % des Verkaufspreises als Provision. Als Werbemittel- und Platzmietpauschale werden pro angefangener Woche 40 € berechnet, die vom Verkaufspreis in Abzug gebracht werden. Die Provision wird auf den Verkaufspreis aufgeschlagen und ist auch dann zu entrichten, wenn es nicht zur Vermittlung des Fahrzeugs kommt.“

Drei Wochen vor der „Ablieferung“ des Opel Astra wird dieser – obwohl er sich ordnungsgemäß gesichert in einer verschlossenen Garage befindet – von einem jugendlichen „Autofreak“ gestohlen und vollständig zu Schrott gefahren. Da die Teilkaskoversicherung von Frau *Hurtig* nur einen Betrag von 5 000 € ersetzt und Frau *Hurtig* die restlichen 1 000 € nicht aufbringen kann und will, erklärt sie *Abele*, dass sie von dem gesamten Vertrag „Abstand nehme“. *Abele* hingegen besteht auf der vollständigen Vertragserfüllung und verlangt von ihr die Abnahme des Neuwagens gegen Zahlung von 20 000 €.

Auch die Vermittlung des Mercedes steht unter keinem guten Stern. Als sich nach vier Monaten noch immer kein Käufer gefunden hat, möchte Frau *Hurtig* ihr Glück bei einem anderen Autohändler versuchen und verlangt Herausgabe des Autos. *Abele* verweigert dies und besteht auf Zahlung der Werbemittel- und Platzmietpauschale.

1. Kann *Abele* von Frau *Hurtig* Abnahme des Neuwagens gegen Zahlung von 20 000 € verlangen?
2. Steht Frau *Hurtig* gegen *Abele* ein Anspruch auf Herausgabe des Mercedes zu?

- A. Frage 1 – Zahlungsanspruch und Abnahme
  - I. § 433 II
  - II. Einwendungen
    - 1. Die Inzahlungnahme: Streitstand
    - 2. Die Ansicht des *BGH*
    - 3. Bewertung
  - III. Ergebnis
- B. Frage 2 – Herausgabe des Mercedes
  - I. Vertraglicher Anspruch
    - 1. Vermittlungsvertrag
    - 2. Zurückbehaltungsrecht
      - a) Fälliger Gegenanspruch aus Vertrag
      - b) Fälliger Gegenanspruch aus Gesetz
    - 3. Rechtsfolge
  - II. Anspruch aus § 985
    - 1. Tatbestandliche Voraussetzungen
      - a) Eigentum der *H*
      - b) Besitz des *A* ohne Besitzrecht
    - 2. Einreden
      - a) Zurückbehaltungsrecht, § 1000
      - b) Zurückbehaltungsrecht, § 273
    - 3. Ergebnis

### Lösung

#### A. Frage 1 – Zahlungsanspruch und Abnahme

##### I. § 433 II

*Abele* (*A*) verlangt von Frau *Hurtig* (*H*) die Zahlung des vollen Neuwagenkaufpreises und die Abnahme des Neufahrzeugs. Anspruchsgrundlage dafür könnte § 433 II sein. Voraussetzung dafür ist ein rechtswirksamer Kaufvertrag zwischen den Parteien. Ein zunächst rechtsgültiger Vertrag liegt an sich auch vor.

##### II. Einwendungen

Allerdings war zwischen *H* und *A* ausdrücklich vereinbart worden, dass *H* ihren Gebrauchtwagen zum Preis von 6 000 € in Zahlung gibt und dass sich der Neuwagenkaufpreis um den „Inzahlungnahmepreis“ vermindert, so dass *H* letztlich nur den Restkaufpreis von 14 000 € zu zahlen hat. Durch den Untergang des Gebrauchtwagens könnte *H* dessen Übereignung und Übergabe – objektiv und nachträglich – unmöglich geworden sein. Sie könnte insoweit von ihrer Leistungspflicht frei geworden sein. Dann müssten die §§ 275 I, 326 aber auch anwendbar sein. Es stellt sich deshalb die Frage, wie die Abmachung zwischen ihr und *A* rechtlich exakt zu werten sind.

## 1. Die Inzahlungnahme: Streitstand

Nimmt der Händler den Gebrauchtwagen des Neuwagenkäufers endgültig in Zahlung, nehmen Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums in derartigen Fällen zunächst grundsätzlich einen „normalen“ Kaufvertrag über den Neuwagen an, der allerdings die Besonderheit aufweise, dass der Käufer „die Möglichkeit [hat], an Stelle der ausbedungenen [vollen] Geldschuld zum Zwecke der Erfüllung seinen gebrauchten Wagen in Zahlung zu geben“, also eine entsprechende Ersetzungsbefugnis habe, deren Realisierung zu einer Leistung an Erfüllung statt i. S. d. § 364 I führe.<sup>1</sup> Der Neuwagenkäufer kann den Wagen in Zahlung geben, muss es aber nicht. Dem gegenüber vertritt die wohl herrschende Ansicht in der Literatur den Standpunkt, die „Lieferung des Altwagens und seine Anrechnung seien „nicht nur eine Ersatzleistung, sondern Teil der vereinbarten Gegenleistung des Neuwagenkäufers“, weswegen kein „reiner“ Kaufvertrag (über den Neuwagen) vorliege, sondern ein typengemischter Vertrag: Soweit die Gegenleistung des Neuwagenkäufers in der Hingabe des Altfahrzeugs bestehe, sei er „Tausch“, denn der Käufer schulde ihm „von vornherein nicht den nur nominellen Preis des Neuwagens, sondern den Altwagen zuzüglich des Differenzbetrages“.<sup>2</sup> Nach dieser Theorie könnte *A* von *H* ohnehin nur den Differenzbetrag von 14 000 € und nicht die volle Summe von 20 000 € als Kaufpreis verlangen; hinzu käme, dass dann der gesamte Vertrag gem. den §§ 275 I, 326 I 1 Hs. 1 i. V. m. § 480 hinfällig geworden sein könnte.<sup>3</sup> Folgt man hingegen der Ansicht der Rechtsprechung, so hätte dies zur Folge, dass anders als beim Tausch im Falle des Untergangs des Gebrauchtwagens nicht die §§ 275 I, 326 greifen, sondern die ursprüngliche Geldleistung geschuldet bleibt.

Da die verschiedenen Theorien hier zu unterschiedlichen Ergebnissen führen würden, muss dieser Theorienstreit vorab entschieden werden.

## 2. Die Ansicht des BGH

In seiner Entscheidung vom 30.11.1983<sup>4</sup> über einen Autokaufvertrag mit Inzahlungnahme eines Gebrauchtfahrzeugs hat der BGH die These vom einheitlichen Kaufvertrag mit bloßer Ersetzungsbefugnis des Käufers vertreten, obwohl der Wert des in Zahlung gegebenen Altwagens mehr als zwei Drittel des gesamten Kaufpreises betrug und er in seinem Urteil vom 18.1.1967<sup>5</sup> eine solche Relation noch als ein Indiz für eine andere rechtliche Ausgestaltung betrachtet hatte. Er versucht nunmehr, seine vom Schrifttum in der Zwischenzeit massiv kritisierte Auffassung wie folgt zu rechtfertigen: Die stattdessen teilweise vorgeschlagene Konstruktion „eines gemischttypischen Vertrags aus Kauf und Tausch“ vermöge „die Interessenlage der Parteien und die von ihnen [...] verfolgten Absichten nicht befriedigend zu berücksichtigen“; die Bereitschaft des Kraftfahrzeughändlers zur Inzahlungnahme des Altfahrzeugs möge

<sup>1</sup> Vgl. nur BGHZ 46, 338 (340, 342); BGHZ 89, 126 (128); Palandt/*Weidenkaff* § 480 Rn. 6; BeckOGK/*Looschelders*, 1.6.2021, § 364 Rn. 26. Der Inzahlunggabe kann grundsätzlich auch ein Kommissionsvertrag zugrunde liegen. Bei dieser Fallgestaltung wird der Gebrauchtwagen durch den Händler im eigenen Namen für fremde Rechnung gem. § 383 ff. HGB veräußert. Der Kommissionsvertrag ist mit dem Kaufvertrag dabei durch eine Stundungs- und Verrechnungsabrede verknüpft, vgl. z. B. BGH NJW 1980, 2190 (2191).

<sup>2</sup> So statt aller *Larenz SchuldR BT II/1* S. 92 f. m. w. N.

<sup>3</sup> Vgl. dazu vorab nur *Larenz SchuldR BT II/1* S. 93.

<sup>4</sup> BGHZ 89, 126 (127); vgl. auch BGH NJW 2003, 505 (506) für den Fall eines Leasingvertrags. Zur vorhergehenden Rechtsprechung, insb. BGHZ 46, 338, s. die Darstellung in der 8. Aufl. bei Fall 14 unter A II 2 a.

<sup>5</sup> BGHZ 46, 338 (341).

„oft weniger auf einem Entgegenkommen als auf genauer Kalkulation und dem Eigeninteresse am Zustandekommen des Neuwagenverkaufs beruhen“, das ändere jedoch „nichts daran, daß es beiden Vertragsparteien in erster Linie um den Erwerb bzw. die Veräußerung des Neufahrzeugs geht und die Vereinbarung über die Inzahlungsgabe des alten Wagens nicht als gleichwertiger Bestandteil dieses Rechtsgeschäfts gewollt ist, sondern allein der teilweisen Befriedigung der Kaufpreisforderung dient“. <sup>6</sup> Sei dem Kunden „gerade an einer günstigen Anrechnung seines Altwagens gelegen“ oder könne er den Kaufpreis „ohne dessen Inzahlungsgabe nicht aufbringen“, so sei „es ihm unbenommen, die Wirksamkeit des Kaufvertrages von der Durchführung der Inzahlungnahme in Form einer Bedingung abhängig zu machen“, falls sich nicht ohnehin „unter Berücksichtigung der wechselseitigen Interessenlage“ etwas anderes ergäbe oder die Inzahlungnahme des Altwagens „die Geschäftsgrundlage für den Kauf des Neuwagens bildete“. <sup>7</sup>

### 3. Bewertung

Dazu lässt sich im Wesentlichen Folgendes sagen: Dem Käufer zuzumuten, ausdrücklich die Rechtskonstruktion einer Bedingung zwischen Neuwagenkauf und Altwageninzahlungnahme zu vereinbaren, überfordert nicht nur den juristischen Sachverstand eines „Normalverbrauchers“, sondern auch den eines durchschnittlichen Kaufmanns. Angesichts der Tatsache, dass der *BGH* jetzt auch für den Fall eines deutlichen Überwiegens des Wertes des Altwagens von einem einzigen Kaufvertrag mit bloßer Ersetzungsbefugnis ausgeht, bleibt für die Annahme einer anders lautenden „wechselseitigen Interessenlage“ so gut wie kein Raum mehr. Und ein Operieren mit dem Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313) muss wegen dessen hoher Eingriffsschwelle als brauchbares Regulativ für Tatbestände des täglichen Lebens ohnehin außer Betracht bleiben. Da bei Neuwagenkäufen die Verwendung konkreter Formulare und Formulierungen ganz überwiegend allein durch den Verkäufer vorgenommen wird und häufig mehr oder weniger zufällig oder gar willkürlich erfolgt, darf man derartige formelle Gesichtspunkte im Regelfall nicht überbewerten und schon gar nicht den Ausschlag geben lassen. Das nach §§ 133, 157 „wirklich Gewollte“ lässt sich vielmehr erst nach einer sachgerechten Darlegung und Bewertung der beteiligten Interessen beider Parteien ermitteln.

Ein Altwagenbesitzer, der sich ein neues Fahrzeug kaufen möchte, kann und will normalerweise seinen Altwagen nicht behalten, sondern ihn gegen den Neuwagen „eintauschen“. Wenn er den Altwagen nicht anderweitig preisgünstig „losbekommen“ kann, wird er ihn beim Neuwagenverkäufer üblicherweise in Zahlung geben. Er will dabei i. d. R. so viel wie möglich für das alte Fahrzeug bekommen und so wenig wie möglich für das neue zuzahlen. Deshalb wird er normalerweise mit mehreren Händlern verhandeln und im Zweifel mit demjenigen das Geschäft machen, der ihm am meisten für das alte Fahrzeug bietet oder bei dem er „per Saldo“ am günstigsten abschneidet. Gerade angesichts der stetig steigenden Neuwagenpreise, die mittlerweile selbst für Fahrzeuge der Mittelklasse zum Teil schon „astronomische“ Höhen angenommen haben, würden viele Privatkäufer einen Pkw gar nicht erwerben können, wenn sie nicht die Möglichkeit hätten, einen – regelmäßig nicht unerheblichen – Teil des Kaufpreises in Gestalt der Inzahlunggabe ihres alten Fahrzeugs zu bezahlen. Die Vereinbarung der entsprechenden Inzahlungnahme ist also jedenfalls heute für den durchschnittlichen Neuwagenkäufer doch ein „gleichwerti-

<sup>6</sup> BGHZ 89, 126 (130).

<sup>7</sup> BGHZ 89, 126 (129).

ger Bestandteil“ der gesamten Transaktion. So war es hier auch bei *H*. Dies alles weiß ein professioneller Neuwagenverkäufer genau. Wenn er sich trotzdem darauf einlässt, so ist das kein freundliches „Entgegenkommen“, sondern das Produkt einer exakten Kalkulation, die allein darauf abstellt, dass „unter dem Strich“ eine hinreichend große „schwarze Zahl“ steht.

### III. Ergebnis

Nach alledem kann also davon ausgegangen werden, dass ein Neuwagenkauf mit der Vereinbarung der Inzahlungnahme eines Altwagens im Regelfall – und damit auch hier – kein bloßer Kaufvertrag mit entsprechender Ersetzungsbefugnis des Käufers ist. Im vorliegenden Fall ist demnach ein gemischter Vertrag zustande gekommen, der eine Kombination aus einem Kaufvertrag und einem Tauschvertrag darstellt. *H* war daher ursprünglich insb. verpflichtet, *A* ihren gebrauchten Pkw zu übergeben und zu übereignen, während *A* im Gegenzug verpflichtet war, *H* den Neuwagen gegen Zahlung des Differenzbetrages von 14 000 € zu übergeben und zu übereignen.

Durch den Untergang des Gebrauchtwagens ist *H* dessen Übereignung und Übergabe – objektiv und nachträglich – unmöglich geworden, weswegen sie insoweit von ihrer Leistungspflicht frei wurde. Diese Unmöglichkeit ist weder von ihr noch von *A* zu vertreten. Daher greift über § 480 grundsätzlich § 326 I 1 Hs. 1 ein, und *H* verliert den Anspruch auf die Gegenleistung, also auf die Übereignung und Übergabe des Neuwagens. Allerdings bezieht sich diese Unmöglichkeit eigentlich nur auf den „Tauschanteil“ von  $\frac{3}{10}$  und nicht auf den „Restzahlungsanteil“ von  $\frac{7}{10}$ , so dass an sich – bezogen auf den gesamten gemischten Vertrag – nur eine teilweise Unmöglichkeit gegeben ist. Sie hätte nach § 326 I 1 Hs. 2 i. V. m. § 441 III eigentlich nur eine bloße Minderung und nicht den vollständigen Verlust der Lieferpflicht des *A* zur Folge. Indessen ist es technisch-funktional nicht durchführbar, ein neues Auto nur zu  $\frac{7}{10}$  zu liefern, die Lieferverpflichtung des *A* stellt vielmehr eine unteilbare Leistung dar. Deswegen muss letztlich doch ein vollständiger Wegfall der Übereignungs- und Übergabepflicht des *A* bezüglich des Neuwagens eintreten.<sup>8</sup> Dann muss gleichzeitig auch ein Wegfall der Restkaufpreiszahlungspflicht von *H* erfolgen.<sup>9</sup> Damit ist der gesamte typengemischte obligatorische Vertrag zwischen *A* und *H* rechtlich nicht mehr existent.

*H* ist demnach auch insgesamt nicht mehr verpflichtet, den Neuwagen abzunehmen und zu bezahlen.

## B. Frage 2 – Herausgabe des Mercedes

### I. Vertraglicher Anspruch

Ein Anspruch der *H* gegen *A* auf Herausgabe des Mercedes könnte sich zunächst aus §§ 675, 667 ergeben.<sup>10</sup>

#### 1. Vermittlungsvertrag

*H* und *A* haben einen sog. Vermittlungsvertrag über den Mercedes geschlossen. Ein solcher liegt zunächst vor, wenn der Fahrzeugeigentümer einen gewerblichen Auto-

<sup>8</sup> Vgl. Palandt/*Grüneberg* § 326 Rn. 5 und § 275 Rn. 7ff.; *Medicus/Lorenz* SchuldR I Rn. 432.

<sup>9</sup> Vgl. auch *Larenz* SchuldR BT II/1 S. 93. Hierfür lässt sich auch der Rechtsgedanke des § 139 anführen.

<sup>10</sup> Fall angelehnt an *BGH* NJW 2011, 1726.

händler gegen Entgelt (die Provision) damit beauftragt, sein Fahrzeug auf dessen Firmengelände anzubieten und im Namen und für Rechnung des Auftraggebers zu verkaufen.<sup>11</sup>

a) Fraglich ist, welche Rechtsnatur dieser Vermittlungsvertrag hat. Es könnte sich um eine entgeltliche Geschäftsbesorgung handeln, um einen Makler(dienst)vertrag, aber auch ein Kommissionsgeschäft. Eine Abgrenzung muss anhand der Art und Reichweite der dem beauftragten Autohändler obliegenden Pflichten erfolgen. Dieser ist neben einem Tätigwerden in der Form eines aktiven Bemühens um den erfolgreichen Verkauf des Fahrzeugs (wie beim Maklerdienstvertrag) aber auch gehalten, das Auto auf seinem Firmengelände für Interessenten bereit zu stellen, vorzuführen, es sicher aufzubewahren und zu pflegen<sup>12</sup> und gegebenenfalls auch zu versichern.<sup>13</sup> Der Vermittlungsvertrag unterscheidet sich daher in diesen Punkten vom Makler(dienst)vertrag. Ein Maklervertrag liegt vor, wenn die geschuldete Tätigkeit des Vermittlers allein in der Benennung eines Kaufinteressenten liegt, der Eigentümer im Besitz des Fahrzeugs verbleibt und die Verkaufsverhandlungen selbst führt.<sup>14</sup>

Vom Kommissionsgeschäft gem. §§ 383 ff. HGB unterscheidet sich der Vermittlungsauftrag insbesondere dadurch, dass der Verkauf im Namen und für Rechnung des Auftraggebers erfolgt und der Beauftragte dabei nicht als Kommissionär, also als mittelbarer Stellvertreter im eigenen Namen handelt.<sup>15</sup> Der Vermittlungsvertrag ist damit regelmäßig als eine – von einem Neu- oder Gebrauchtwagenkauf unabhängige – entgeltliche Geschäftsbesorgung mit Dienstvertragscharakter einzuordnen.<sup>16</sup>

b) Dieser könnte aber durch Kündigung erloschen sein. Eine Kündigung ist durch das Herausgabeverlangen der *H* konkludent erklärt worden. Fraglich ist mithin, ob dem auch ein Kündigungsrecht zugrunde lag. Nachdem § 675 gerade nicht auf § 671 verweist, gelten die §§ 620 ff., 626 f.<sup>17</sup> Hier kommen §§ 620 II, 621 Nr. 5 Hs. 1 in Betracht, wonach bei einer Vergütungsbemessung ohne Bezug auf Zeitabschnitte ein jederzeitiges Kündigungsrecht besteht. Denkbar wäre auch, die Kündigung auf § 627 I zu stützen, wenn man davon ausgehen möchte, dass *A* Dienste höherer Art leistet.<sup>18</sup> Jedenfalls ist aber angesichts des Einforderns der Werbemittel- und Platzmietpauschale davon auszugehen, dass sich *A* dem Kündigungsverlangen der *H* nicht entgegenstellt: Diese Pauschale ist laut AGB nur im Falle der (erfolgreichen) Vertragsbeendigung fällig. Der Vermittlungsvertrag wurde damit beendet, ohne dass das Fahrzeug veräußert wurde. Nach Beendigung ist der Vermittler gem. §§ 675, 667 zur Herausgabe des Fahrzeugs verpflichtet.<sup>19</sup> Der Anspruch der *H* auf Herausgabe besteht demnach.

---

<sup>11</sup> *BGH NJW* 1981, 388 (389); *BGHZ* 85, 11 (13); *BGH NJW* 2011, 1726.

<sup>12</sup> *OLG Hamm NJW-RR* 1999, 777.

<sup>13</sup> *BGH NJW* 1981, 388 (389); *BGHZ* 85, 11 (13).

<sup>14</sup> *OLG Stuttgart NJOZ* 2010, 1627 (1628) (als Vorinstanz zu *BGH NJW* 2011, 1726).

<sup>15</sup> *OLG Hamm NJW-RR* 1999, 777.

<sup>16</sup> *Reinking/Eggert*, Der Autokauf, 14. Aufl. 2020, Rn. 2191; *BGH NJW* 1981, 388; *BGH NJW* 2011, 1726.

<sup>17</sup> *Jauernig/Mansel* § 675 Rn. 10.

<sup>18</sup> Zur diesbezüglichen Einordnung von Vermittlungsverträgen *BeckOGK/Güntner*, 1.5.2021, § 627 Rn. 30 ff.

<sup>19</sup> *Reinking/Eggert*, Der Autokauf, 13. Aufl. 2017, Rn. 2268 (s. den Verweis in der 14. Aufl. 2020, Rn. 2230).



## 2. Zurückbehaltungsrecht

Fraglich ist, ob der Anspruch durchsetzbar ist. *A* verweigert die Herausgabe und besteht auf Zahlung der Werbemittel- und Platzmietpauschale. Fraglich ist daher, ob *A* ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen kann. Ein solches könnte sich aus § 273 ergeben.

### a) Fälliger Gegenanspruch aus Vertrag

Voraussetzung für ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 ist zunächst ein fälliger Gegenanspruch des *A*, der hier im Anspruch auf die Werbemittel- und Platzmietpauschale bestehen könnte. Grundlage dieses Anspruchs ist die Klausel Nr. 2 des Vertrages. Voraussetzung für ein Zahlungsbegehren ist also, dass diese Klausel wirksam in den Vermittlungsvertrag einbezogen worden ist. Hierbei könnte es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung gem. § 305 handeln.

aa) Gem. § 305 I 1 müsste es sich um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung handeln, die *A* der *H* bei Vertragsabschluss gestellt hat. *A* benutzt für den Abschluss des Vermittlungsvertrages einen vorformulierten Text, den er für solche Geschäfte vorhält, und in den nur noch die jeweiligen Details (Vertragspartner, Fahrzeugtyp etc.) eingefüllt werden müssen. Im Übrigen handelt es sich um einen Verbrauchervertrag gem. § 310 III, so dass die Bestimmung als von *A* gestellt gilt. Der persönliche und sachliche Anwendungsbereich der §§ 305 ff. ist gem. § 310 ebenfalls eröffnet. *H* hat der Verwendung durch den Vertragsschluss auch konkludent zugestimmt.

bb) Die AGB wurden auch wirksam einbezogen, vgl. § 305 II.

cc) Ob es sich bei der Vereinbarung um eine überraschende Klausel gem. § 305c I handelt, erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen. Dies kann jedoch zunächst offenbleiben, sofern die Klausel hinsichtlich ihres Inhalts bereits unwirksam ist.<sup>20</sup> Fraglich ist zunächst, ob die Klausel Nr. 2 überhaupt einer Inhaltskontrolle gem. §§ 307–309 unterliegt. Ausgenommen von der Inhaltskontrolle sind nach § 307 III 1 Bestimmungen, die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflicht und die hierfür zu zahlende Vergütung unmittelbar regeln (Leistungsbeschreibungen und Preisvereinbarungen). Auf der Grundlage der Privatautonomie ist es den Vertragsparteien im Allgemeinen freigestellt, Leistung und Gegenleistung selbst zu bestimmen. Mangels gesetzlicher Vorgaben fehlt es insoweit regelmäßig auch an einem Kontrollmaßstab.<sup>21</sup>

Kontrollfrei sind auch Regelungen über Entgelt für Nebenleistungen oder einzelne Leistungsteile<sup>22</sup> und über die Vergütung zusätzlich angebotener Sonderleistungen, wenn hierfür keine besonderen rechtlichen Regelungen bestehen. Der Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 unterliegen gem. § 307 III 1 aber solche (Preisneben-)Abreden, die sich zwar mittelbar auf den Preis und die Leistung auswirken, diese aber nicht ausschließlich festlegen und bestehende Rechtsvorschriften, besonders dispositive Rechtsvorschriften, ergänzen oder von diesen abweichen.<sup>23</sup> Formularmäßige Entgeltregelungen sieht der *BGH* in ständiger Rechtsprechung als kontrollfähig an, wenn Aufwendungen für die Erfüllung eigener (gesetzlicher oder nebenvertraglicher) Pflichten des Verwenders oder für sonstige Tätigkeiten im eigenen Interesse

<sup>20</sup> Vgl. auch *BGH NJW* 2011, 1726.

<sup>21</sup> Z. B. *BGH NJW* 2011, 1726; *BGH NJW-RR* 1999, 125 (126); *BGH NJW* 2002, 2386.

<sup>22</sup> *BGH NJW* 2011, 1726 (1727) m. w. N.

<sup>23</sup> *BGH NJW* 2011, 1726 (1727) m. w. N. Kritisch zu dieser Rechtsprechung etwa Staudinger/*Wendland* (2019) § 307 Rn. 329.



des Verwenders auf den Kunden abgewälzt werden.<sup>24</sup> Durch die Bestimmung in Klausel Nr. 2 will A eine Tätigkeit vergüten lassen, die sich nach Maßgabe der Gesamtheit der wesentlichen Rechte und Pflichten schon aus dem Vermittlungsvertrag ergibt und die er vornehmlich im eigenen Interesse vornimmt. Es handelt sich mithin nicht um die Kontrolle der Hauptleistungspflicht, sondern einer Preisnebenabrede (§ 307 III). Insoweit ist die Klausel kontrollfähig. Bei der Bestimmung in Klausel Nr. 2 handelt es sich außerdem um eine von Rechtsvorschriften abweichende Nebenabrede über ein zusätzliches Entgelt ohne echte Gegenleistung des Verwenders. Danach ist die Regelung über die Werbemittel- und Platzmietpauschale im vorliegenden Vermittlungsvertrag der Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. unterworfen.

dd) Ein Hinweis auf eine Unwirksamkeit der Klausel gem. §§ 309, 308 liegt nicht vor. Es könnte aber eine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 I und II vorliegen. Die Klausel ist gemäß § 307 I, II Nr. 1 unwirksam, wenn sie H entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 I 1 liegt vor, wenn der Verwender durch eine einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen.<sup>25</sup> Gem. § 307 II Nr. 1 ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn wesentliche Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt werden, dass der Vertragszweck gefährdet ist, also die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts beeinträchtigt wird.

Der vertraglichen Hauptleistungspflicht des A, die in der sachgerechten Bemühung zum auftragsgemäßen Verkauf des ihm überlassenen Mercedes besteht, steht die Pflicht der H zur Zahlung einer erfolgsabhängigen Provision gegenüber. Mit der Provisionszahlung ist aus dem Blickwinkel der Verkehrserwartung das von H geschuldete Entgelt vollständig erbracht und die Leistung des A insgesamt abgegolten. Hierzu zählt auch der Aufwand, der für die Erfolg versprechende Präsentation des Fahrzeugs auf dem Firmengelände erbracht wird, die nicht selbstständig erstattungsfähig ist und üblicherweise bei der Provision mit eingerechnet wird. Die Pauschale soll nach der Klausel Nr. 2 aber auch im Erfolgsfalle zu entrichten sein, was dazu führen kann, dass eine nach der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses bereits vollständig abgeholte Leistung im Gewande einer „Werbemittel- und Platzmietpauschale“ nochmals zu bezahlen ist. Der Verkäufer lässt sich also für dieselbe Leistung gleich zweifach entlohnen. Der beauftragte Autohändler ist im Übrigen bereits vertraglich verpflichtet, sich um den Verkauf des Fahrzeugs zu bemühen. Daher ist es auch im Wesentlichen seine Sache, zu entscheiden, welchen Aufwand er für die Bereitstellung und Bewerbung des Fahrzeugs betreibt. Diesen Aufwand betreibt er außerdem im eigenen Interesse an der baldigen Erzielung einer Provision und müsste demnach auch diese Kosten selbst tragen.<sup>26</sup> Hierdurch wird der Vertragszweck gefährdet, da ein Anreiz des Verkäufers bestehen könnte, den Verkauf so weit wie möglich hinauszuzögern. Dem Kunden wird ein Zusatzentgelt abverlangt, ohne dass er dafür eine Gegenleistung oder sonst einen nennenswerten Vorteil erhält. Die auch im Falle der erfolgreichen Vermittlung neben der Provision zu entrichtende und daher insgesamt als zusätzliches Entgelt zu wertende „Werbemittel- und Platzmietpauschale“ ist demnach mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar und daher gem. § 307 II Nr. 1, I unwirksam. Gem. § 306 I bleibt der

<sup>24</sup> BGH NJW 2011, 1726 (1727) m. w. N.

<sup>25</sup> Z. B. BGHZ 175, 102 (107).

<sup>26</sup> BGH NJW 2011, 1726 (1727) m. w. N.