

ALEA BÖSCHE*

FOLGEN DER UNWIRKSAMKEIT DER NICHT
AUSGEHANDELTEN KLAUSELN
IN VERBRAUCHERVERTRÄGEN,
DIE HAUPTLEISTUNGSPFLICHTEN
AUS DEM VERTRAG BETREFFEN
EINE UNTERSUCHUNG DER VEREINBARKEIT DES GELTENDEN
DEUTSCHEN RECHTS MIT DER RICHTLINIE 93/13/EWG
UND DER AKTUELLEN EUGH-RECHTSPRECHUNG

A. EINLEITUNG

Jeden Tag werden eine Vielzahl von Verbraucherverträgen abgeschlossen. Im Zuge dessen erklärt der Verbraucher mit seiner Unterschrift oder einem Häkchen auf dem Bildschirm sein Einverständnis mit den vom Unternehmer gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Ein kurzer Blick in diese offenbart eine scheinlos endlose Aneinanderreihung kleingeschriebener Klauseln. Sie haben in fast allen Verträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern ihren Platz und sind aus unserem Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken. Ein individuelles Ausverhandeln der Vertragsbedingungen ist zeit- und ressourcenaufwendig und für den Abschluss inhaltlich gleicher Verträge nicht erforderlich. Die Verwendung vorformulierter AGB ist für den Unternehmer günstig und effizient. Bei all der Praktikabilität ergeben sich aber auch Nachteile. Denn kaum ein Verbraucher wird sich die detaillierten und kompliziert klingenden AGB auch tatsächlich eingehend durchlesen. Dieser Aufwand wird gerne vermieden und so wird vor einer Kaufentscheidung kein Vergleich ver-

* *Diplom-Juristin; ORCID: 0009-0003-2987-4836.*

schiedener AGB vorgenommen. Trotzdem dürfen sich AGB nicht der rechtlichen Kontrolle entziehen. Das hat auch der Gesetzgeber erkannt und die Kontrolle gesetzlich in den §§ 305 ff. BGB geregelt. Auch die Europäische Union hat die Kontrolle von Klauseln in Verbraucherverträgen durch die Verabschiedung einer Richtlinie für die Mitgliedstaaten vereinheitlicht. Besonders interessant und viel diskutiert sind dabei die Folgen der Unwirksamkeit einer AGB. Dabei gibt es unterschiedliche Wege, um die unwirksame Klausel zu ersetzen und die Nichtigkeit des gesamten Vertrages zu vermeiden. Noch schwieriger gestaltet sich die Ermittlung einer angemessenen Rechtsfolge, wenn die Hauptleistungspflichten von der Unwirksamkeit betroffen sind. Hauptleistungspflichten beschreiben den Kern des Vertrages und es erscheint zuerst abwegig, wie ein Vertrag ohne diesen Fortbestehen kann.

Ist also die Gesamtunwirksamkeit die einzige Lösung? Welche Folge schützt den Verbraucher? In welchem Umfang haben die Vertragsparteien noch einen Einfluss auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Vertrages? In dem Artikel sollen die Voraussetzungen und Folgen der Unwirksamkeit von AGB, die Hauptleistungspflichten betreffen, dargestellt und einzelne Lösungsmöglichkeiten diskutiert werden. Darüber hinaus darf der Einfluss des europäischen Rechts und insbesondere der Einfluss des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) nicht unterschätzt werden. Abgeschlossen wird das Thema mit der häufig ausgelassenen Frage nach der Rückabwicklung und inwiefern diese europarechtlich geprägt ist.

B. VORAUSSETZUNGEN UND FOLGEN DER UNWIRKSAMKEIT

Zuerst muss geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen eine AGB-Klausel unwirksam ist und welche Folgen sich daran für den gesamten Vertrag anschließen.

I. RECHTSQUELLEN DER KLAUSELKONTROLLE

Die Kontrolle von Klauseln in Verbraucherverträgen richtet sich im deutschen Recht nach den §§ 305 ff. BGB¹. Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung vom 01.01.2002 wurden die materiell-rechtlichen Vorschriften des früheren AGB-Gesetzes als §§ 305 bis 310 in das BGB eingefügt². Im Jahre 1993 verabschiedete der Europäische Gesetzgeber, gestützt auf Art. 114 AEUV, die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

¹ Alle nachfolgenden, nicht näher gekennzeichneten §§ sind solche des BGB.

² T. Pfeiffer (in:) *AGB-Recht*, M. Wolf, W.F. Lindacher, T. Pfeiffer (Hrsg.), München 2020, Einl. Rn. 12.

Die Mitgliedstaaten waren zur Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV bis zum 31.12.1994 verpflichtet. Die Klausel-Richtlinie hat in ihrem Anwendungsbereich Einfluss auf die Anwendung der Vorschriften über AGB im Rahmen der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung der nationalen Gesetze sowie die Letztentscheidungskompetenz des EuGH bei der Richtlinienauslegung³.

1. DIE KLAUSEL-RICHTLINIE 93/13/EWG

In Art. 1 Klausel-Richtlinie⁴ formuliert der europäische Gesetzgeber das Ziel, die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über missbräuchliche Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern zu erreichen.

Der Art. 2 lit. b) definiert den Verbraucher als eine natürliche Person, die bei Verträgen [...] zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Gewerbetreibender ist gem. Art 2 lit. c) eine natürliche oder juristische Person, die bei Verträgen, [...] im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt [...].

Diese Begriffsdefinitionen sind mit den nationalen Definitionen § 13 und § 14 im Kern vergleichbar.

Die Richtlinie kennt den Begriff der AGB nicht. Was das BGB als Bestimmung bezeichnet, benennt die Richtlinie als Vertragsklausel⁵. Der Begriff der Vertragsklausel beschreibt eine sprachliche getrennte und inhaltlich abgrenzbare Regelung eines Vertrags⁶. Art. 3 Abs. 2 bestimmt ferner, dass sie im Voraus verfasst sein müssen. Es darf gerade keine individuelle, zwischen den Vertragsparteien einzeln ausgehandelte Klausel vorliegen, auf deren Inhalt der Verbraucher Einfluss hätte nehmen können, Art. 3 Abs. 1, Abs. 2. S. 1. Eine solche unterfällt nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinie. Die Erstellung muss nicht zwingend vom Verwender herrühren, sondern kann auch von einem Dritten stammen⁷. Entscheidendes

³ M. Fornasier (in:) *Münchener Kommentar zum BGB*, F.J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetcker, B. Limper, München 2022, Vor § 305 Rn. 23; W. Nassall: *Die Anwendung der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, Juristen Zeitung 1995, Band 49, S. 689.

⁴ Alle nachfolgenden, nicht näher gekennzeichneten Artikel sind solche der Klausel-Richtlinie.

⁵ W. Nassall (in:) *Europäisches Zivilrecht*, M. Gebauer, T. Wiedmann (Hrsg.), München 2022, Kap. 6 Rn. 36.

⁶ T. Pfeiffer (in:) *AGB-Recht, op. cit.*, Art. 3 RL Rn. 2; W. Nassall (in:) *Europäisches..., op. cit.*, Kap. 6 Rn. 11.

⁷ M. Habersack (in:) *Kommentar zum AGB-Recht*, P. Ulmer, H.E. Brandner, H.D. Hensen (Begr.), Köln 2022, § 305 Rn. 4a; G. Thüsing (in:) *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerk*, F. Graf von Westphalen, G. Thüsing, R. Pamp (Hrsg.), Teil Klauselwerk, Rn. 38; O. Remien: *AGB-Gesetz und Richtlinie über missbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 1994, Heft 1, S. 50; A. Kappus: *EG-Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln und notarielle Verträge*, Neue Juristische Wochenschrift 1994, Heft 29, S. 1848.

Kriterium ist einzig die fehlende Einflussmöglichkeit des Verbrauchers⁸. Die Richtlinie geht davon aus, dass dies bei einem Standardvertrag der Fall ist, Art. 3 Abs. 2 S. 1. Die Richtlinie sieht eine Vielzahl von Verwendungen, wie in § 305 Abs. 1 S. 1, nicht vor.

Ausgenommen vom Anwendungsbereich der Richtlinie sind Klauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften oder auf Bestimmungen oder Grundsätze internationaler Übereinkommen beruhen, Art. 1 Abs. 2. Dahinter steht die Überlegung, dass solche Regelungen nicht missbräuchlich sind⁹.

Die Klausel-Richtlinie ist erstmals durch die sog. Modernisierungs-Richtlinie (EU) 2019/2161 geändert worden. Die Mitgliedstaaten werden darin verpflichtet, in konkreten Fällen die Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch Bußgelder zu ahnden. Es bewirkt keine Veränderung der hier relevanten §§ 305 bis 310¹⁰.

2. UMSETZUNG IN DAS BGB

Der deutsche Gesetzgeber hatte die Richtlinie nach Art. 288 Abs. 3 AEUV in das deutsche Recht umzusetzen. Dabei beschränkte sich der Gesetzgeber auf das aus seiner Sicht notwendige Minimum der Umsetzung, um das bereits fest etablierte AGB-Recht so wenig wie nötig zu verändern¹¹. Das ist auch der Grund dafür, dass sich die Vorgaben der Klausel-Richtlinie nur partiell mit dem AGB-Recht decken¹². Beispielsweise gilt das AGB-Recht im beschränkten Umfang auch zwischen Unternehmern, § 310 Abs. 1.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang der sog. Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts¹³. Im Anwendungsbereich der Richtlinie sind die §§ 305 ff. richtlinienkonform auszulegen, Art. 288 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV¹⁴. Die richtlinienkonforme Auslegung gilt für alle nationalen Rechtsvorschriften, auch diejenigen, die nicht der spezifischen Umsetzung der Richtlinie dienen¹⁵.

⁸ M. Habersack (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 305 Rn. 4a; G. Thüsing (in:) *Vertragsrecht...*, *op. cit.*, Rn. 38.

⁹ Erwägungsgrund 13, Richtlinie 93/13/EWG.

¹⁰ H. Schulte-Nölke (in:) *Handkommentar zum BGB*, R. Schulze (Hrsg.), Baden-Baden 2022, §§ 305–310 Rn. 6.

¹¹ H. Schulte-Nölke (in:) *Handkommentar...*, *op. cit.*, Vor §§ 305–310 Rn. 7; A. Lehmann-Richter (in:) *Beck-Online Großkommentar zum BGB*, B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz (Hrsg.), München 2023, § 305 Rn. 43.

¹² A. Lehmann-Richter (in:) *Beck-Online...*, *op. cit.*, § 305 Rn. 43.

¹³ Europäischer Gerichtshof (EuGH), Urteil vom 15. Juli 1964, C-6/64.

¹⁴ Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 8. April 1987 — 2 BvR 687/ 85 (BVerfGE 75, 223 (237)); Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 5. Dezember 1974, II ZB 11/73, BGHZ 63, S. 264–265; EuGH, Urteil vom 16. Dezember 1993, C-334/92, Rn. 20; EuGH, Urteil vom 11. Juli 1996, C-71/94, C-72/94, C-73/94, Rn. 26; M. Rufert (in:) *EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, C. Calliess (Hrsg.), München 2022, Art. 288 AEUV Rn. 78; M. Nettesheim (in:) *Das Recht der Europäischen Union*, E. Grabitz, M. Hilf, M. Nettesheim (Hrsg.), Band I, Art. 288 AEUV Rn. 33.

¹⁵ EuGH, Urteil vom 27. Juni 2000, C-240/98 bis C-244/98, Rn. 31; M. Fornasier (in:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, Vor. § 305 Rn. 25.

Außerdem hat der EuGH die Letztentscheidungskompetenz bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln in europäischen Richtlinien¹⁶. Besteht bei einem nationalen Gericht eine Unsicherheit über die Auslegung, ist es verpflichtet im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 2 AEUV eine Vorlage beim EuGH einzureichen¹⁷. Die Mitgliedstaaten wiederum sind dazu verpflichtet, auf die Ziele der Klausel-Richtlinie hinzuwirken, Art. 288 Abs. 3 AEUV.

II. VORAUSSETZUNGEN DER UNWIRKSAMKEIT

Nach der Generalklausel in § 307 Abs. 1 S. 1 sind Bestimmungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und FGLauben unangemessen benachteiligen. Die Norm beruht auf Art. 3 Abs. 1, wonach eine Vertragsklausel missbräuchlich ist, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht. Grundsätzlich ist also das Kriterium der Missbräuchlichkeit anhand des Maßstabes von Treu und Glauben zu beurteilen.

1. INHALTSKONTROLLE

AGB werden anhand von §§ 307 Abs. 1, Abs. 2, 308, 309 einer Inhaltskontrolle unterworfen. Diese gelten jedoch gem. § 307 Abs. 3 S. 1 nur für AGB, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzenden Regelungen vereinbart werden. Art. 3 Abs. 1 bezeichnet dies als Missbrauchskontrolle. Im Anhang der Klausel-Richtlinie zu Art. 3 Abs. 3 finden sich Ausführungen, in welchen Fällen eine Klausel als missbräuchlich eingeordnet werden kann. Der Anhang dient als Informationsquelle¹⁸. Sie kann von den nationalen Gerichten für die Beurteilung im Einzelfall herangezogen werden, ist jedoch nicht zwingend verbindlich¹⁹. Tatsächlich

¹⁶ O. Remien: *AGB-Gesetz...*, *op. cit.*, S. 58–59; J. Basedow: *Der Bundesgerichtshof, seine Rechtsanwälte und die Verantwortung für das europäische Privatrecht* (in: *Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag*, G. Pfeiffer, J. Kummer, S. Scheuch (Hrsg.), Köln 1996, S. 675; S. Grundmann: *Europäisches Schuldvertragsrecht*, Berlin 1999, S. 124–125; I. Klauer (in: *Die Europäisierung des Privatrechts*, J. Basedow (Hrsg.), Baden-Baden 1998, S. 132; S. Leible: *Gerichtsstandsklauseln und EG-Klauselrichtlinie*, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2001, Heft 6, S. 424.

¹⁷ M. Kotzur (in: *Kommentar zum EUV/AEUV*, R. Geiger, D. Khan, M. Kotzur, L. Kirchmair (Hrsg.), München 2023, Art. 288 AEUV Rn. 15.

¹⁸ EuGH, Urteil vom 7. Mai 2002, C-478/99, Rn. 22; I. Klauer: *Die Europäisierung des Privatrechts*, *op. cit.*, S. 137.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 26. April 2012, C-472/10, Rn. 26; EuGH, Urteil vom 10. September 2020, C-738/19, Rn. 24.

besteht Einigkeit darüber, dass die Liste keine über eine bloße Indizwirkung hinausgehende Wirkung entfaltet²⁰.

Eine Ausnahme von der Inhaltskontrolle ist in § 307 Abs. 3 vorgesehen. Sie dient der Umsetzung des Art. 4 Abs. 2. Danach betrifft die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Klauseln weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen. Die Transparenzkontrolle bleibt für diese Klauseln ausdrücklich bestehen, § 307 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2. Auch die Kontrolle anhand der AGB-spezifischen Schutzansätze nach §§ 305 II, 305b, und 305c ist nicht ausgeschlossen²¹.

2. TRANSPARENZKONTROLLE BEI HAUPTLEISTUNGSPFLICHTEN

Betrifft die Klausel den Hauptgegenstand des Vertrages, ist die Klausel von der materiellen Inhaltskontrolle gem. §§ 307 bis 309 ausgenommen, aber der Transparenzkontrolle zugänglich. So hat es zumindest Art. 4 Abs. 2 vorgesehen. Das AGB-Recht nennt den Begriff des Hauptgegenstandes an keiner Stelle konkret. Stattdessen wird in § 307 Abs. 3 von Bestimmungen ausgegangen, die nicht von Rechtsvorschriften abweichen und diese auch nicht ergänzen. Klauseln, die das Gesetz bloß wiedergeben (sog. deklaratorische Klauseln), sind inhaltlich nicht kontrollfähig²². Demnach ist es entscheidend, ob Hauptleistungspflichten unter den Begriff des Hauptgegenstandes des Vertrages fallen beziehungsweise zu Bestimmungen i.S.d. § 307 Abs. 3 S. 2 zählen. Dann sind solche AGB nur der Transparenzkontrolle zugänglich.

a) Hauptgegenstand des Vertrags

§ 307 Abs. 3 weicht vom Wortlaut her stark von Art. 4 Abs. 2 ab. Bei Verbraucherverträgen, die in den Anwendungsbereich der Klausel-Richtlinie fallen, muss der als stark interpretationsbedürftige angesehene § 307 Abs. 3 richtlinienkonform ausgelegt werden²³. Hinter der Sonderposition des Hauptgegenstandes des Vertrages steht die Überlegung, dass die Leistungsangebote und die Preise selbst nicht kon-

²⁰ A. Fuchs (in:) *Kommentar zum AGB-Recht*, P. Ulmer, H.E. Brandner, H.D. Hensen (Begr.), Köln 2022, Vor § 307 Rn. 23; T. Pfeiffer (in:) *AGB-Recht, op. cit.*, Art. 3 Rn. 78.

²¹ M. Wendland (in:) *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse*, J. v. Staudinger (Hrsg.), Berlin 2022, § 307 Rn. 282.

²² H. Schulte-Nölke (in:) *Handkommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 6.

²³ W. Wurmnest (in:) *Münchener Kommentar zum BGB*, F.J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetcker, B. Limperg (Hrsg.), München 2022, § 307 Rn. 4.

trollfähig sind²⁴, sondern der Grundsatz der Privatautonomie es den Vertragspartnern überlässt, über Angemessenheit der Leistung und Gegenleistung zu entscheiden²⁵. Ein Gericht hat keinen Kontrollmaßstab²⁶ anhand dessen ein Preis als angemessen beurteilt werden könnte. Die Angemessenheit soll sich in einer Marktwirtschaft ausschließlich nach Angebot und Nachfrage richten²⁷.

aa) Hauptgegenstand des Vertrages nach § 307 Abs. 3

Die AGB, die nicht von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen unterliegen nicht der Inhaltskontrolle, § 307 Abs. 3. Das heißt, wenn es für die AGB kein entsprechendes Gesetz gibt oder die AGB mit dem Gesetz übereinstimmt, unterliegen sie nicht der Inhaltskontrolle²⁸. Darunter fallen solche Bestimmungen, die durch den Wettbewerb und nicht durch ein Gesetz bestimmt werden. Dazu zählen Preisvereinbarungen und die Beschreibung der Leistungspflichten²⁹. In der Regel gehören dazu die *essentialia negotii*³⁰. Solche Bestandteile des Vertrages unterliegen der Vertragsfreiheit und sind von den jeweiligen Parteien zu bestimmen³¹.

bb) Hauptgegenstand i.S.d. Art. 4 Abs. 2

Die dazugehörige Vorschrift der Richtlinien-Vorschrift ist Art. 4 Abs. 2. Diese ist nach dem EuGH als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen³². Eine Klausel betrifft danach den Hauptgegenstand des Vertrages, wenn sie die Hauptleistungen des Vertrages festlegen und ihn als solche charakterisieren³³. Klauseln die zur Hauptleistung

²⁴ Bundestags-Drucksache 7/3919, S. 22.

²⁵ BGH, Urteil vom 16. November 1999, KZR 12/97, NJW 2000, 577, S. 579; BGH, Urteil vom 24. Mai 2010, VIII ZR 178/08, Rn. 19.

²⁶ BGH, Urteil vom 16. November 1999, KZR 12/97, NJW 2000, 577, S. 579; BGH, Urteil vom 24. Mai 2010, VIII ZR 178/08, Rn. 19.

²⁷ H.P. Westermann (in:) *Abgrenzung von Neben- und Hauptleistungspflichten in Hinblick auf die Inhaltskontrolle, Zehn Jahre AGB-Gesetz*, H. Heinrichs, W. Löwe, P. Ulmer (Hrsg.), Köln 1987, S. 137; H. Eckelt (in:) *Beck-Online Großkommentar zum BGB*, B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz (Hrsg.), München 2023, § 307 Rn. 192; T. Pfeiffer (in:) *AGB-Recht, op. cit.*, § 307 Rn. 4; W. Wurmnest (in:) *Münchener...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 1; C. Canaris: *Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln beim Annuitätendarlehen*, Neue Juristische Wochenschrift 1987, Heft 11, S. 613; M. Stoffels: *Schranken der Inhaltskontrolle*, Juristen Zeitung 2001, Heft 56, S. 847.

²⁸ T. Pfeiffer (in:) *AGB-Recht, op. cit.*, § 307 Rn. 279.

²⁹ H. Schulte-Nölke (in:) *Handkommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 5; W. Nassall (in:) *Europäisches...*, *op. cit.*, Kap. 6 Rn. 88.

³⁰ G. Thüsing (in:) *Vertragsrecht...*, *op. cit.*, Teil Vertragsrecht, Preis- und Preisnebenabreden, Rn. 4; A. Fuchs (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 53.

³¹ T. Pfeiffer (in:) *AGB-Recht, op. cit.*, § 307 Rn. 288; G. Thüsing (in:) *Vertragsrecht...*, *op. cit.*, Teil Vertragsrecht, Preis- und Preisnebenabreden, Rn. 4.

³² EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-26/13, Rn. 42; EuGH, Urteil vom 26. Februar 2015, C-143/13, Rn. 49; EuGH, Urteil vom 23. April 2015, C-96/14, Rn. 31; EuGH, Urteil vom 20. September 2017, C-186/16, Rn. 31.

³³ EuGH, Urteil vom 3. Juni 2010, C-484/08, Rn. 34; EuGH, Urteil vom 23. April 2015, C-96/14, Rn. 33.

bloß akzessorisch sind, fallen nicht unter den Begriff des Hauptgegenstands³⁴. Deshalb sind regelmäßig die synallagmatisch verknüpften Hauptleistungspflichten als Hauptgegenstand zu identifizieren³⁵. Es gibt aber keinen festen Katalog der Hauptgegenstände, die nationalen Gerichte haben die Entscheidungen jeweils im konkreten Einzelfall zu treffen. Dabei sind die vom EuGH entwickelten Kriterien zu berücksichtigen³⁶.

Zum Hauptgegenstand zählt nicht nur das, was auf den ersten Blick eindeutig als solcher zu identifizieren ist. So hat der EuGH entschieden, dass eine Klausel, die festlegt, dass ein Darlehen in der gleichen Fremdwährung zurückzuzahlen ist, in der es ursprünglich ausgezahlt wurde, Hauptgegenstand des Vertrages und damit privilegiert hinsichtlich der Inhaltskontrolle ist³⁷.

Bei der Auslegung der Klausel ist der Wortlaut zu berücksichtigen und wie er von einem verständigen und redlichen Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der regelmäßig beteiligten Verkehrskreise verstanden wird³⁸.

Auch die Angemessenheit zwischen dem Preis und der Gegenleistung ist nach Art. 4 Abs. 2 der Inhaltskontrolle entzogen. Häufig gestaltet sich auch die Abgrenzung von Preisvereinbarungen und Preisnebenabreden schwer. Letztere wirken sich zwar mittelbar auf Preis und Leistung aus, bestimmen diese aber nicht in ihrer Gänze, weshalb sie inhaltlich kontrollfähig sind³⁹. Dazu zählen etwa allgemeine Betriebskosten, die keine echte Gegenleistung darstellen, sondern der Aufwand für die Erfüllung eigener Pflichten sind⁴⁰. Preisanpassungsklauseln fallen nicht unter den Tatbestand des Art. 4 Abs. 2 und sind kontrollfähig⁴¹.

b) Anforderungen an die Transparenz

Auch Klauseln, die den Hauptgegenstand des Vertrages betreffen, fallen unter das Transparenzgebot. Nach § 307 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 muss die Bestimmung klar und verständlich sein, sonst liegt eine unangemessene Benachteiligung

³⁴ EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-26/13, Rn. 50; EuGH, Urteil vom 9. Januar 2015, C-498/14, Rn. 33; EuGH, Urteil vom 20. September 2017, C-186/16, Rn. 36.

³⁵ H. Eckelt (in:) *Beck-Online...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 189.

³⁶ EuGH, Urteil vom 20. September 2017, C-186/16, Rn. 33, 39.

³⁷ EuGH, Urteil vom 20. September 2017, C-186/16, Rn. 41.

³⁸ BGH, Urteil vom 13. Mai 2014, XI ZR 405, Rn. 25; BGH, Urteil vom 4. Juni 2017, XI ZR 562/15, Rn. 25.

³⁹ BGH, Urteil vom 6. Februar 1985, VIII ZR 61/84, BGHZ 93, S. 360; BGH, Urteil vom 21. April 2009, XI ZR 78/08, Rn. 16; BGH, Urteil vom 20. Oktober 2015, XI ZR 166/14 Rn. 16; BGH, Urteil vom 18. Januar 2022, XI ZR 505/21, Rn. 11.

⁴⁰ BGH, Urteil vom 7. Mai 1996, XI ZR 217/95, BGHZ 133, S. 15; BGH, Urteil vom 18. Januar 2022, XI ZR 505/21 Rn. 11; H. Eckelt (in:) *Beck-Online...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 194.

⁴¹ EuGH, Urteil vom 26. April 2012, C-472/10, Rn. 23; EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019, C-621/17, Rn. 35; W. Nassall (in:) *Europäisches...*, *op. cit.*, Kap. 6 Rn. 943.

vor. Die parallele Vorschrift findet sich in Art. 5 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2 und nennt ebenfalls die Kriterien der Klarheit und Verständlichkeit.

Die Verträge müssen in klarer und verständlicher Sprache abgefasst sein⁴². Es sollen Zweideutigkeiten und Auslegungszweifel vermieden werden⁴³. Das bedeutet, die Klausel muss für den Verbraucher nicht nur grammatikalisch lesbar, sondern auch eindeutig und nicht irreführend formuliert sein⁴⁴. Der Verbraucher muss die Möglichkeit haben, die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung zu verstehen und Risiken abzuwägen⁴⁵. Dabei legt der EuGH seinen Beurteilungen den Gedanken zugrunde, dass der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer einen geringeren Informationsstand besitzt⁴⁶.

3. ZWISCHENERGEBNIS

Ob eine Klausel eine Hauptleistungspflicht betrifft, ist stets im Einzelfall zu überprüfen. Regelmäßig sind es die Klauseln, die die *essentialia negotii* betreffen. Dies ist aber keineswegs zwingend. Diese Klauseln müssen auch der Transparenzkontrolle standhalten.

4. VERHÄLTNIS VON § 307 ABS. 1 S. 2 ZU S. 1

Die Folge der Intransparenz ist in § 307 Abs. 1 S. 1 geregelt. Eine unangemessene Benachteiligung führt zur Unwirksamkeit der Klausel. Gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 kann sich eine solche unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

Fraglich ist, ob die Klausel den Verbraucher allein wegen der Intransparenz unangemessen benachteiligt, also den Tatbestand von § 307 Abs. 1 S. 1 erfüllt. Das Verhältnis von § 307 Abs. 1 S. 1 zu S. 2 ist nicht unumstritten⁴⁷.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes *kann* ein Verstoß gegen das Transparentgebot allein zur Unwirksamkeit führen⁴⁸. Ein weiterer Missbrauch i.S.d. Abs. 1 S. 1 ist nach dem Wortlaut eindeutig nicht gefordert. Eine darüberhinausgehende inhaltliche

⁴² Erwägungsgrund 20, Richtlinie 93/13/EWG.

⁴³ T. Pfeiffer (in:) *AGB-Recht, op. cit.*, Art. 5 Rn. 8.

⁴⁴ EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-26/13, Rn. 71; EuGH, Urteil vom 23. April 2015, C-96/14, Rn. 40.

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 26. April 2012, C-472/10, Rn. 75; M. Fervers: *Anmerkung zu EuGH, Urte. v. 30.04.2014 — C-26/13*, Neue Juristische Wochenschrift 2014, Heft 8, S. 511; W. Nassall (in:) *Europäisches...*, *op. cit.*, Kap. 6 Rn. 67.

⁴⁶ EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-26/13, Rn. 72; EuGH, Urteil vom 23. April 2015, C-96/14, Rn. 40; EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2016, C-154/15, C-307/15, C-308/15, Rn. 68.

⁴⁷ M. Fornasier (in:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 60; M. Wendland (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 174.

⁴⁸ M. Wendland (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 174.

Missbräuchlichkeit sei nicht notwendig⁴⁹. Der Gesetzgeber habe diese früher umstrittene Frage mittlerweile eindeutig entschieden⁵⁰.

Außerdem wird angemerkt, dass die Rechtsvorschrift über das Transparenzgebot redundant wäre, wenn die Unwirksamkeit dennoch von der zusätzlichen Voraussetzung der inhaltlichen Missbräuchlichkeit abhinge⁵¹.

Der EuGH wiederum legt Art. 3 Abs. 1 dahin aus, dass eine unklare und unverständliche Klausel nicht bereits deshalb als missbräuchlich anzusehen ist⁵². Jedoch kann der Mitgliedstaat gem. Art. 8 hiervon abweichende Regelungen treffen, sodass in solchen Fällen die mangelnde Transparenz die unmittelbare Folge der Missbräuchlichkeit haben würde⁵³. Wortlaut, Systematik und Historie sprechen gegen die Notwendigkeit eines weiteren inhaltlichen Missbrauchs.

Im Ergebnis folgt also aus dem Verstoß gegen das Transparenzgebot die Unwirksamkeit der Klausel.

III. RECHTSFOLGEN DER INTRANSPARENZ

Eine intransparente Klausel ist gem. § 307 Abs. 1 unwirksam. Zu prüfen ist, was die Unwirksamkeit für den restlichen Vertrag bedeutet und mit welchen Konsequenzen der Verbraucher zu rechnen hat.

1. UNVERBINDLICHKEIT BZW. UNWIRKSAMKEIT DER KLAUSEL

Zunächst ist zu untersuchen, was die Unwirksamkeit überhaupt bedeutet. Art. 6 Abs. 1 bezeichnet dies abweichend davon als Unverbindlichkeit. Nach dem EuGH hat die Unverbindlichkeit zur Folge, dass solche Klauseln als von Anfang an nicht existent anzusehen sind⁵⁴. Dies bedeutet für den Verbraucher die Wiederherstellung der Sach- und Rechtslage, in der er sich ohne die Klausel befunden hätte⁵⁵. Danach ist nur die intransparente Klausel für den Verbraucher unverbindlich. Der restliche Vertrag ist davon nicht betroffen und bleibt gem. § 306 Abs. 1 im Übrigen wirksam.

Ist von der Unwirksamkeit eine Hauptleistungspflicht betroffen, stellt sich die Frage, ob ein Vertrag ohne diese überhaupt bestehen bleiben kann. Denn beim

⁴⁹ H. Schulte-Nölke (in:) *Handkommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 22.

⁵⁰ Bundestag Drucksache 14/6040, S. 154; H. Schulte-Nölke (in:) *Handkommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 22.

⁵¹ T. Pfeiffer (in:) *AGB-Recht*, *op. cit.*, Art. 5 RL Rn. 24.

⁵² EuGH, Urteil vom 12. Januar 2023, C-395/21, Rn. 52.

⁵³ EuGH, Urteil vom 12. Januar 2023, C-395/21, Rn. 52.

⁵⁴ EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2016, C-154/15, C-307/15, C-308/15, Rn. 61; EuGH, Urteil vom 9. Juli 2020, C-452/18, Rn. 23; M. Fornasier (in:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 5.

⁵⁵ EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2016, C-154/15, C-307/15, C-308/15, Rn. 61.

Vertrag wird in aller Regel ein bedeutsamer Kernbestand entfallen, wie der Vertragsgegenstand, die Leistungspflichten der Parteien oder die Vergütung. Dieses Mindestmaß an Bestimmtheit ist für die Wirksamkeit des Vertrages eine notwendige Voraussetzung⁵⁶. Eine Gesamtunwirksamkeit erscheint danach die einzige Konsequenz der Unwirksamkeit einer Hauptleistungspflicht-Klausel zu sein⁵⁷.

Allerdings bestimmt § 306 Abs. 2, dass sich bei Unwirksamkeit der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften richtet. Vorgesehen hat der deutsche Gesetzgeber also eine Lückenfüllung mit dispositiven Gesetzesrecht. Eine Gesamtunwirksamkeit des Vertrages ist nur als letztes Mittel vorgesehen, nämlich wenn das Festhalten am Vertrag eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde, § 306 Abs. 3.

Fraglich ist, ob diese vorgesehen Lösung beim Wegfall von Hauptleistungspflicht-Klauseln angewendet werden kann.

2. GESAMTUNWIRKSAMKEIT DES VERTRAGES

Das Eintreten der Gesamtunwirksamkeit ist nur bei unzumutbarer Härte für eine der Vertragsparteien vorgesehen und ist ein deutliches Abweichen von der Vorgabe der Richtlinie. Art. 6 Abs. 1 Hs. 2 legt die Grundregel fest, dass der Restvertrag für die Parteien bindend bleibt, wenn er ohne die missbräuchliche Klausel bestehen bleiben kann. Dahinter steht die Überlegung, dass ein unwirksamer Vertrag die Rückabwicklung des Vertrages zur Folge hat und dies regelmäßig nicht dem Verbraucherinteresse entsprechen kann⁵⁸.

Wegen dieser mangelnden Übereinstimmung wird eine richtlinienkonforme Auslegung des § 306 Abs. 3 im Anwendungsbereich der Richtlinie diskutiert⁵⁹.

Es ist weiter umstritten, ob § 306 Abs. 3 überhaupt der Richtlinie entspricht⁶⁰. Deshalb wird auch gefordert, dass im Wege einer Vorlage an den EuGH geklärt wird,

⁵⁶ H.P. Mansel (in:) *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, R. Stürner (Hrsg.), München 2021, Vor § 145 Rn. 2; J. Busche (in:) *Münchener Kommentar zum BGB*, F.J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetcker, B. Limperg (Hrsg.), München 2022, § 145 Rn. 6.

⁵⁷ M. Wendland (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 318; A. Fuchs (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 368.

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-26/13, Rn. 83; EuGH, Urteil vom 21. Januar 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13, Rn. 31.

⁵⁹ H. Eckert: *Das neue Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1996, Heft 29, S. 1241; F. v. Westphalen: *Unionsrechtliche Folgen des AGB-Missgriffs*, Neue Juristische Wochenschrift 2012, Heft 25, S. 1772–1773; T. Pfeiffer (in:) *AGB-Recht*, *op. cit.*, Art. 6 RL Rn. 18.

⁶⁰ H. Bonin (in:) *Beck-Online Großkommentar zum BGB*, B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz (Hrsg.), München 2023, § 306 Rn. 103; H. Schmidt (in:) *Beck'sche Online-Kommentar BGB*, W. Hau, R. Poseck, München 2023, § 306 Rn. 13; M. Fornasier (in:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 11; F. Rieländer: *Zum Reformbedarf des deutschen AGB-Rechts unter dem Eindruck der neueren EuGH-Judikatur zur Klausel-RL*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2023, Heft 7, S. 325; H. Schmidt (in:) *Kommentar zum AGB-Recht*, P. Ulmer, H.E. Brandner, H.D. Hensen (Begr.), Köln 2022, § 306 Rn. 4e.

wie sich das Merkmal der unzumutbaren Härte zu der Unzumutbarkeit der weiteren Vertragsbindung verhält⁶¹.

Insbesondere bestehen Zweifel, wie ein Vertrag ohne die Klausel, die die Hauptleistungspflichten bestimmen, wirksam bleiben kann.

Entscheidend ist, welche Kriterien die Richtlinie für die Durchführbarkeit des übrigen Vertrages aufstellt. Ob der Vertrag weiterhin durchführbar ist, ist nach dem EuGH nach einem objektiven Ansatz zu bestimmen⁶². Dafür seien neben dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 auch die Anforderungen an die Rechtssicherheit bei geschäftlichen Tätigkeiten zu berücksichtigen⁶³. Bei der Beurteilung des Fortbestehens des Vertrags dürfe nicht allein auf eine der Vertragsparteien abgestellt werden⁶⁴. Das gem. § 306 Abs. 3 die Unzumutbarkeit für eine der Vertragsparteien ausreichend ist, ist also nicht mit Art. 6 Abs. 1 vereinbar.

Der objektive Ansatz des EuGH wird teilweise so interpretiert, dass es auf die objektive Möglichkeit der weiteren Vertragsdurchführung im Sinne technischer Durchführbarkeit ankommt⁶⁵. Diese sei unmöglich, wenn der Vertrag aufgrund der unwirksamen Klausel nicht mehr die notwendigen essentialia negotii beinhaltet⁶⁶.

Der BGH stellt auf ein untragbares Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung ab⁶⁷. Fehlt eine Hauptleistungspflicht ist ein Ungleichgewicht der Pflichten wohl unumgänglich.

Folglich wird ein Vertrag ohne die Hauptleistungspflicht-Klausel regelmäßig undurchführbar sein und die Gesamtwirksamkeit wird ohne die Vornahme anderer Maßnahmen die einzig mögliche Konsequenz sein.

3. ERSETZUNG DER UNWIRKSAMEN KLAUSEL

Ein Vertrag kann ohne die Hauptleistungspflicht-Klausel regelmäßig nicht bestehen bleiben. Dies würde die Vertragsparteien zur Rückabwicklung des Vertrages zwingen. Das entspricht meist nicht den Interessen der Vertragsparteien. Deswegen gibt es mehrere Möglichkeiten, wie der Vertrag durch Ersetzung der betroffenen Klausel gerettet werden kann.

⁶¹ M. Fornasier (in:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 7.

⁶² EuGH, Urteil vom 15. März 2012, C-453/10, Rn. 32; M. Fornasier (in:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 6.

⁶³ EuGH, Urteil vom 15. März 2012, C-453/10, Rn. 32.

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 15. März 2012, C-453/10, Rn. 33.

⁶⁵ B. Gsell: *Grenzen des Rückgriffs auf dispositives Gesetzesrecht zur Ersetzung unwirksamer Klauseln in Verbraucherverträgen*, *Juristen Zeitung* 2019, Heft 15, S. 751; D. Looschelders: *Der Wille des Verbrauchers als Grenze für die Ersetzung missbräuchlicher Klauseln durch dispositives Recht*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2022, Heft 44, S. 2225; M. Fornasier (in:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 6; H. Schmidt (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 4b.

⁶⁶ M. Fornasier (in:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 6; H. Schmidt (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 4b; H. Eckert: *Das neue...*, *op. cit.*, S. 1241.

⁶⁷ BGH, Urteil vom 6. April 2016, VIII ZR 79/15, Rn. 35.

a) Ersetzung missbräuchlicher Klauseln

Gemäß § 306 Abs. 2 BGB richtet sich der Vertragsinhalt, wenn einzelne Bestimmungen unwirksam sind, nach den gesetzlichen Vorschriften, sofern nicht ausnahmsweise die Gesamtunwirksamkeit des Vertrages nach Abs. 3 einschlägig ist. Die Klausel-Richtlinie enthält keine Vorschrift, die inhaltlich dieser Regelung entspricht.

Der EuGH hat die Anordnung in Art. 6 Abs. 1 als nicht abschließend eingeordnet⁶⁸. Jedoch schreibt die Richtlinie in Art. 8 nur Mindestharmonisierung vor. Das heißt der deutsche Gesetzgeber kann strengere, den Verbraucher begünstigende Gesetze schaffen. Allerdings sind stets die Einschränkungen zu beachten, die der EuGH in seiner Rechtsprechung formuliert hat⁶⁹.

b) Verbot der Geltungserhaltenden Reduktion

Eine Möglichkeit der Aufrechterhaltung des Vertrages ist die sog. geltungserhaltenden Reduktion. Dabei wird der Inhalt der eigentlich unwirksamen Klausel durch den Richter auf ein gerade noch nicht missbräuchliches Maß beschränkt, sodass sie anwendbar bleibt⁷⁰. Sowohl der EuGH⁷¹ als auch der BGH⁷² stimmen darüber überein, dass eine geltungserhaltende Reduktion bei missbräuchlichen Klauseln verboten ist.

In Art. 7 Abs. 1 sowie in Erwägungsgrund 24 der Klausel-Richtlinie wird den Mitgliedstaaten die Aufgabe übertragen, angemessene und wirksame Mittel bereitzustellen, damit die Verwendung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen unterbunden wird⁷³. Eine geltungserhaltende Reduktion bewirkt gerade das Gegenteil. Denn ist eine „Rettung“ der Klausel stets durch den Richter möglich, würde es an einer Abschreckung der Unternehmer fehlen⁷⁴. Folglich müssten die Gewerbetreibenden selbst bei Missbräuchlichkeit einzelner Klauseln nicht deren Unanwendbarkeit fürchten und würden weiterhin missbräuchliche Klauseln in ihre Verträge schreiben⁷⁵. Die geltungserhaltende Reduktion würde den Unternehmer belohnen anstatt zu bestrafen und effektiv vom Verwenden missbräuchlicher Klauseln abzu-

⁶⁸ EuGH, Urteil vom 25. November 2020, C-269/19, Rn. 39–40.

⁶⁹ M. Fornasier (in:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 8.

⁷⁰ *Ibidem*, Rn. 18.

⁷¹ EuGH, Urteil vom 14. Juni 2012, C-618/10, Rn. 65; EuGH, Urteil vom 30. Mai 2013, C-488/11, Rn. 57; EuGH, Urteil vom 7. November 2019, C-349/18, C-350/18, C-351/18, Rn. 67.

⁷² BGH, Urteil vom 16. Mai 1974, VII ZR 214/72, BGHZ 62, S. 326–327; BGH, Urteil vom 14. März 2018, XII ZR 31/17, Rn. 16.

⁷³ EuGH, Urteil vom 27. Juni 2000, C-240/98 bis C- 244/98, Rn. 28; EuGH, Urteil vom 21. November 2002, C-473/00, Rn. 32.

⁷⁴ EuGH, Urteil vom 14. Juni 2012, C-618/10, Rn. 69; EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-26/13, Rn. 79.

⁷⁵ EuGH, Urteil vom 21. Januar 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13, Rn. 31.

halten. Die Aufrechterhaltung der Klausel durch inhaltliche Abänderung ist daher keine geeignete Maßnahme.

c) Ergänzende Vertragsauslegung

Eine weitere Möglichkeit der Ersetzung einer wegen Missbräuchlichkeit unwirksamen Klausel ist die ergänzende Vertragsauslegung. Diese erfolgt nach den Regeln der §§ 133, 157 im Rahmen des § 306 Abs. 2⁷⁶. Dabei ist der Maßstab anzulegen, welche Vereinbarung redliche und verständige Parteien in Kenntnis der Regelungslücke nach dem Vertragszweck und bei sachgemäßer Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit gekannt hätten⁷⁷.

Teilweise wird die ergänzende Auslegung befürwortet, weil dadurch die Tendenz des Gesetzgebers berücksichtigt werde, den Vertrag nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten⁷⁸. Dies geschehe im Interesse des Verbrauchers, eine Gesamtnichtigkeit zu vermeiden⁷⁹.

Bei Ersetzung von intransparenten Preis- oder Leistungsbestimmungen sei eine objektivierte ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen⁸⁰. Durch das Abstellen auf das Übliche oder Angemessene könne sogar die Festlegung von Entgelt bzw. den Leistungsumfang erfolgen⁸¹.

Auf die ergänzende Vertragsauslegung hat nur der Schutzwürdige einen Anspruch. Darunter fällt in der Regel der Verbraucher, gerade dann, wenn der Vertrag bei Unwirksamkeit der Klausel nicht mehr existenzfähig ist. Der Verwender hingegen darf sich nicht auf eine mangelnde Eignung des eigentlich dispositiven Rechts berufen und eine andere Rechtsfolge für sich fordern, wenn für ihn der Verstoß gegen das AGB-Recht und damit die Lückenhaftigkeit der vertraglichen Regelung ohne weiteres voraussehbar war⁸².

Der Einsatz ergänzender Vertragsauslegung trifft aber auch auf Ablehnung. Insbesondere wenn es um die Ergänzung von Hauptleistungspflichten geht. Denn

⁷⁶ OLG Frankfurt, Urteil vom 23. Dezember 1982, 16 U 134/82, NJW 1983, S. 947; BGH, Urteil vom 1. Februar 1984, VIII ZR 54/83, BGHZ 90, S. 73.

⁷⁷ BGH, Urteil vom 22. April 1953, II ZR 143/52, BGHZ 9, S. 278; BGH, Urteil vom 29. April 1982, III ZR 154/80, BGHZ 84, S. 7.

⁷⁸ A. Fuchs (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 369.

⁷⁹ W.F. Lindacher, W. Hau (in:) *AGB-Recht*, M. Wolf, W.F. Lindacher, T. Pfeiffer (Hrsg.), München 2020, § 306 Rn. 21.

⁸⁰ BGH, Urteil vom 30. Oktober 1974, VIII ZR 69/73, BGHZ 63, S. 135–136; A. Fuchs (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 369; C. Grüneberg (in:) *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 7, C. Christian (Hrsg.), München 2023, § 306 Rn. 13.

⁸¹ A. Fuchs (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 369.

⁸² W.F. Lindacher, W. Hau (in:) *AGB-Recht*, *op. cit.*, § 306 Rn. 20; H. Schmidt (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 37; D. Looschelders (in:) *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, H.P. Westermann, B. Grundewald, G. Maier-Reimer (Hrsg.), Köln 2023, § 306 Rn. 13.

wenn mit den Klauseln die essentialia negotii wegfallen und in Folge dessen auch der Vertrag unwirksam ist, würde eine richterliche Ergänzung keine „Vertragsauslegung“, sondern eine „Vertragskonstituierung“ darstellen⁸³. Bei Letzterem werde die Entscheidung nach reinen Billigkeitserwägungen getroffen. Solche haben im AGB-Recht keine Berechtigung⁸⁴, denn es handelt sich um zwingendes Gesetzesrecht. Keine der Vertragsparteien muss sich auf die Unangemessenheit einer Klausel „berufen“, um zu erreichen, dass sie vom Gericht für unwirksam erklärt wird⁸⁵.

Auch der EuGH lehnt die richterliche Auslegung zum Aufrechterhalten des Vertrages ab⁸⁶. Die nationalen Gerichte seien nicht befugt, den Inhalt der Klausel zu verändern. Das verbietet der Grundsatz der Privatautonomie. Sie sind lediglich berechtigt die missbräuchlichen Klauseln für unanwendbar zu erklären⁸⁷.

Trotzdem wird nach wie vor die Ansicht vertreten, dass die Lückenfüllung durch ergänzende Vertragsauslegung zulässig ist⁸⁸. Hergeleitet wird dies aus der Überlegung, dass die ergänzende Vertragsauslegung zum dispositiven innerstaatlichen Recht zähle, sofern im konkreten Fall das dispositive Gesetzesrecht die Lücke nicht füllen kann, weil dafür keine Regelung existiert⁸⁹. Zudem sieht das Gericht auch eine Vereinbarkeit mit Art. 6. Schließlich bezwecke das Gericht zum Schutz der Verbraucher die Wiederherstellung des Gleichgewichts zwischen den Rechten und Pflichten der Vertragsparteien und sei damit eine erforderliche Maßnahme i.S.d. Art. 6 Abs. 2⁹⁰.

Diese Position des BGH wird kritisiert, da die Frage nach dem hypothetischen Vertragswillen typischer Parteien⁹¹ gerade das methodische Vorgehen sei, welches der EuGH in der Entscheidung Dziubak⁹² abgelehnt hat⁹³. Zur Klärung der Zulässigkeit der Auslegung des BGH wird eine Vorlage an den EuGH als dringend geboten gesehen⁹⁴.

Grundsätzlich ist das Aufrechterhalten des Vertrages im Interesse des Verbrauchers, da er so vor den Folgen der Rückabwicklung geschützt wird. Trotzdem bleibt zu berücksichtigen, dass der EuGH einer solchen Methode eine klare Absage erteilt

⁸³ M. Wendland (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 318.

⁸⁴ *Ibidem*, § 307 Rn. 318.

⁸⁵ *Ibidem*, §§ 307–309 Rn. 25.

⁸⁶ EuGH, Urteil vom 8. September 2022, C-80/21, C-81/21, C-82/21, Rn. 79.

⁸⁷ EuGH, Urteil vom 14. Juni 2012, C-618/10, Rn. 65.

⁸⁸ BGH, Urteil vom 1. Juni 2022, VIII ZR 287/20, Rn. 46; C. Herresthal: *Unionsrechtskonformität der ergänzenden Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln*, Neue Juristische Wochenschrift 2021, Heft 9, S. 598, Rn. 8–7, 18.

⁸⁹ BGH, Urteil vom 1. Februar 1984, VIII ZR 54/83, BGHZ 90, S. 75; BGH, Urteil vom 23.01.2013, VIII ZR 80/12, Rn. 34; BGH, Urteil vom 1. Juni 2022, VIII ZR 287/20, Rn. 45.

⁹⁰ EuGH, Urteil vom 25. November 2020, C-269/19, Rn. 41, 43; BGH, Urteil vom 1. Juni 2022, VIII ZR 287/20, Rn. 46.

⁹¹ BGH, Urteil vom 21. Dezember 2010, XI ZR 52/08, Rn. 16.

⁹² EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019, C-260/18, Rn. 62.

⁹³ C. Wendehorst, F. v. Westphalen: *Auswirkungen neuer EuGH-Urteile auf § 306 II BGB*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2021, Heft 6, S. 236.

⁹⁴ *Ibidem*, S. 238; D. Looschelders: *Der Wille...*, *op. cit.*, S. 2224.

hat. Zumindest im Anwendungsbereich der Richtlinie kann eine Hauptleistungspflicht demnach nicht durch ergänzende Vertragsauslegung ersetzt werden.

d) Ersetzung durch dispositives Gesetzesrecht

Grundsätzlich sind gem. § 306 Abs. 2 die durch Unwirksamkeit entstandene Lücken durch dispositives Gesetzesrecht zu schließen. Die Klausel-Richtlinie enthält keine Vorschrift, die dieser Regelung entspricht. Lediglich in Art. 6 Abs. 1 Hs. 2 wird den Mitgliedstaaten aufgetragen, Regelungen zu treffen damit der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt. Fraglich ist deshalb, ob die vom BGH vertretene Lösung der Ersetzung durch dispositives Gesetzesrecht europarechtskonform ist.

Der EuGH hat in mehreren Urteilen dargelegt, unter welchen Voraussetzungen er die Ersetzung unwirksamer Klauseln durch dispositives Gesetzesrecht für zulässig erachtet. In der Kásler-Entscheidung⁹⁵ hielt der EuGH die Anwendung dispositiven Rechts für die Ersetzung einer missbräuchlichen Klausel grundsätzlich für zulässig. Im konkreten Fall wäre sonst ein in Ungarn geschlossener Verbraucherkreditvertrag in seiner Gesamtheit unwirksam gewesen. Eine Erklärung der Nichtigkeit des Vertrages hätte besonders den schutzwürdigen Verbraucher belastet. In diesem Fall hätte der Verbraucher den noch offenen Darlehensbetrag sofort zurückzahlen müssen, da dieser mangels Vertrages im Rahmen der Rückabwicklung sofort fällig geworden wäre⁹⁶. Es gilt zu beachten, dass der EuGH die Ergänzung ausdrücklich auf eine Situation wie die des Ausgangsverfahrens begrenzte⁹⁷. Das vorliegende ungarische Gericht konnte darlegen, dass ein Rückgriff auf Normen aus dem ungarischen Zivilgesetzbuch möglich war, welche die mangelhafte Klausel spezifisch ersetzen konnten⁹⁸.

Außerdem wurde betont, dass die Ergänzung mittels des Gesetzesrechts nur zur Vermeidung einer den Verbraucher belastenden Gesamtnichtigkeit vorgenommen wird⁹⁹.

Die Begrenzung auf den Verbraucher besonders belastende Fälle verfestigte sich in der Unicaja Banco-Entscheidung. Dort führt der EuGH aus, dass der Einsatz dispositiven Gesetzesrecht explizit auf die Situation beschränkt wird, in der das nationale Gericht sonst gezwungen wäre die Gesamtnichtigkeit des Vertrages zu erklären, die für den Verbraucher so schwere Folgen hätten, dass er praktisch bestraft werden würde¹⁰⁰.

⁹⁵ EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-26/13.

⁹⁶ EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-26/13, Rn. 83–85.

⁹⁷ EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-26/13, Rn. 85.

⁹⁸ EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-26/13, Rn. 13–19.

⁹⁹ EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-26/13, Rn. 34.

¹⁰⁰ EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-26/13, Rn. 34; B. Gsell: *Grenzen...*, *op. cit.*, S. 753.

Im Mittelpunkt dieser Methode steht die Überlegung, dass nicht der Verbraucher durch das Tragen der Konsequenzen einer Rückabwicklung bestraft werden soll, die auf eine Gesamtnichtigkeit folgt, welche wiederum durch den Verwender der missbräuchlichen Klausel verursacht wurde¹⁰¹.

aa) Grenzen des Rückgriffs

Die Ersetzung durch dispositive Vorschriften in denen vom EuGH als zulässig anerkannten Fällen, ist deshalb die favorisierte Lösung, weil sie auf der Überlegung beruht, dass dispositive nationale Vorschriften selbst keine missbräuchlichen Bestimmungen enthalten, sondern einen gerechten Ausgleich zwischen Vertragsparteien herstellen¹⁰². Diese Annahme greift jedoch nur, wenn spezifische dispositive Vorschriften vorliegen.

Die in Frage kommenden Normen müssen zusätzlich bestimmte Anforderungen erfüllen. In der Rechtssache Dziubak hat der EuGH die Zulässigkeit einer Norm mit der Begründung abgelehnt, dass die Bestimmung von zu allgemeiner Natur ist, da sie die in einem Vertrag zum Ausdruck gebrachten Wirkungen nach den Grundsätzen der Billigkeit oder der Verkehrssitte bestimmt¹⁰³. Bei einer allgemeinen Norm wird es der Beurteilung des nationalen Gerichts überlassen, wie es die Klausel inhaltlich im Rahmen der allgemein vorgegeben Grundsätze ausfüllt. Ein solches Vorgehen ist aber nicht mit der vom EuGH wiederholt bekräftigten Regel vereinbar, nach der das nationale Gericht eine missbräuchliche Klausel für unwirksam erklären muss, dabei aber keine inhaltliche Veränderung vornehmen darf¹⁰⁴. Schon im Kásler-Urteil hat der EuGH die Prämisse aufgestellt, dass für dispositive Vorschriften die Vermutung gilt, dass diese nicht missbräuchlich sind¹⁰⁵. Bei Normen mit einem allgemeinen Charakter gilt diese Vermutung hingegen nicht¹⁰⁶.

Weiter konkretisiert wurden die Anforderungen an dispositive Normen in dem D.V.-Urteil¹⁰⁷. Die Normen müssen demnach speziell für eine Anwendung auf Verbraucherverträge bestimmt sein. Ferner dürfen sie nicht so allgemein sein, dass ihre Anwendung darauf hinauslaufen würde, dass das nationale Gericht für die erbrachten Leistungen letztlich eine Vergütung festsetzen könnte, die es selbst für angemessen hält¹⁰⁸.

¹⁰¹ EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-26/13, Rn. 83; EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019, C-260/18, Rn. 48.

¹⁰² EuGH, Urteil vom 26. April 2012, C-472/10, Rn. 81; EuGH, Urteil vom 8. September 2022, C-80/21, C-81/21, C-82/21, Rn. 72.

¹⁰³ EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019, C-260/18, Rn. 62.

¹⁰⁴ EuGH, Urteil vom 14. Juni 2012, C-618/10, Rn. 73; EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-26/13, Rn. 77.

¹⁰⁵ EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-26/13, Rn. 81; EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019, C-260/18, Rn. 62.

¹⁰⁶ EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019, C-260/18, Rn. 61.

¹⁰⁷ EuGH, Urteil vom 12. Januar 2023, C-395/21, Rn. 76.

¹⁰⁸ EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019, C-260/18, Rn. 62; EuGH, Urteil vom 8. September 2021, C-80/21 bis C-82/21, Rn. 76; EuGH, Urteil vom 12. Januar 2023, C-395/21, Rn. 63.

Es gibt also zwei Anforderungen die erfüllt sein müssen, damit eine Ersetzung durch dispositives Gesetzesrecht möglich ist. Zum einen muss eine den Verbraucher belastende Gesamtnichtigkeit drohen¹⁰⁹. Zweitens müssen spezifische dispositive Vorschriften vorhanden sein. Allgemeine zivilrechtliche Normen genügen den Ansprüchen des EuGH nicht¹¹⁰.

Die Ersetzung durch dispositive Vorschriften in denen vom EuGH als zulässig anerkannten Fällen, ist deshalb die favorisierte Lösung, weil sie auf der Überlegung beruht, dass dispositive nationale Vorschriften selbst keine missbräuchlichen Bestimmungen enthalten, sondern einen gerechten Ausgleich zwischen den Vertragsparteien herstellen¹¹¹. Diese Annahme greift jedoch nur, wenn spezifische dispositive Vorschriften vorliegen.

Ein Rückgriff auf eine Generalklausel, welche sich nach Erwägungen der Billigkeit und der Verkehrssitte richtet, muss daher unangewendet bleiben¹¹².

bb) Anwendung dispositiven Rechts auf Hauptleistungspflichten

Bei unwirksamen Klauseln, die Hauptleistungspflichten festlegen, stellt sich das Problem, dass die in § 306 vorgesehene Lösung unpassend erscheint. Denn grundsätzlich sind die konkreten Hauptleistungspflichten im dispositiven Gesetzesrecht nicht geregelt, sodass auf keine Ersatzregelung zurückgegriffen werden kann¹¹³.

Außerdem wird in Art. 6 Abs. 1 Hs. 2 vorausgesetzt, dass der Vertrag für die Parteien nur bindend bleibt, wenn er ohne die missbräuchliche Klausel bestehen kann¹¹⁴. Auch die Feststellung in § 306 Abs. 1, von der Wirksamkeit im Übrigen, ist nur möglich, wenn der Vertrag ohne die unwirksame Klausel der restliche Vertrag existenzfähig ist oder zumindest insofern fähig ist, einer Ersetzung zugänglich zu sein¹¹⁵.

Fehlt es wegen der Intransparenz sogar an den Grundvoraussetzungen i.S.d. *essentialia negotii*, sodass ein wirksamer Vertragsschluss gar nicht angenommen werden kann, ergibt sich der Fall, dass eine solche Ergänzung ohnehin nicht möglich ist¹¹⁶.

¹⁰⁹ EuGH, Urteil vom 21. Januar 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13, Rn. 33.

¹¹⁰ EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019, C-260/18, Rn. 62; EuGH, Urteil vom 8. September 2021, C-80/21 bis C-82/21, Rn. 76; EuGH, Urteil vom 12. Januar 2023, C-395/21, Rn. 63.

¹¹¹ EuGH, Urteil vom 26. April 2012, C-472/10, Rn. 81; EuGH, Urteil vom 8. September 2022, C-80/21, C-81/21, C-82/21, Rn. 72.

¹¹² EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019, C-260/18, Rn. 62, Leitsatz Ziff. 3; D. Looschelders: *Der Wille...*, *op. cit.*, S. 2223.

¹¹³ D. Looschelders (in:) *Erman...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 4; A. Fuchs (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 368.

¹¹⁴ M. Fornasier (in:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 14.

¹¹⁵ C. Werkmeister: *Verbraucherrecht — Gesamtnichtigkeit eines Verbraucherkreditvertrags*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2012, Heft 8, S. 305; W.F. Lindacher, W. Hau (in:) *AGB-Recht*, *op. cit.*, § 306 Rn. 54.

¹¹⁶ BGH, Urteil vom 30. Juni 1995, V ZR 184/94, BGHZ 130, S. 156; D. Looschelders (in:) *Erman...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 4; H. Schmidt (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 10; M. Fornasier (in:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 14.

Denn durch die Unwirksamkeit ist eine solche Lücke im Restvertrag entstanden, dass eine Ersetzung gem. § 306 Abs. 2 ausnahmsweise unmöglich ist. Der Restvertrag stellt eine mangelhafte Einigung der Vertragsparteien dar. Entgegen des in § 306 Abs. 1 festgelegten Grundsatzes ist der Vertrag deswegen unwirksam¹¹⁷. Sind von der Unwirksamkeit auch die essentialia negotii betroffen, folgt daraus die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages¹¹⁸.

e) Zwischenergebnis

Ein Rückgriff auf dispositives Gesetzesrecht ist bei Ersetzung der Hauptleistungspflichten mangels passenden dispositiven Gesetzesrechts nicht möglich. Regelmäßig wird der Vertrag ohne die Klauseln bezüglich der Hauptleistungspflichten nicht bestandsfähig sein. Die vielseitig als unumgänglich angesehene Lösung ist die Nichtigkeit des gesamten Vertrages. Daraus ergibt sich die nachteilige Folge, dass beide Parteien den Gefahren der Rückabwicklung ausgesetzt sind.

4. PARTIELLE AUFRECHTERHALTUNG (SOG. BLUE-PENCIL-TEST)

Bevor eine Auseinandersetzung mit den Folgen der Nichtigkeit notwendig ist, stellt sich die Frage, ob der Vertrag durch eine andere Maßnahme „gerettet“ werden kann. Es gibt die Möglichkeit, dass eine die Hauptleistungspflicht betreffende Klausel nur zum Teil als unwirksam erklärt wird und dadurch der Restvertrag vor der Nichtigkeit gerettet werden kann.

Es wird angenommen, dass eine einzige Klausel in einen zulässigen und einen unzulässigen Teil zerlegt werden könne¹¹⁹.

Die in diesem Rahmen erreichte partielle Aufrechterhaltung einer eigentlich unwirksamen Klausel wird in der deutschen Rechtsprechung als Blue-Pencil-Test bezeichnet¹²⁰. Nach dieser ist eine Klausel teilbar, wenn die jeweilige Teilklausel in ihrem Wortlaut auch alleine verständlich und sinnvoll ist¹²¹. Außerdem muss der übrige Teil der Klausel trotz der inhaltlichen Veränderung alleine sinnvoll sein¹²².

¹¹⁷ D. Looschelders (in:) *Erman...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 4; H. Schmidt (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 10; W.F. Lindacher, W. Hau (in:) *AGB-Recht, op. cit.*, § 306 Rn. 54.

¹¹⁸ C. Werkmeister: *Verbraucherrecht...*, *op. cit.*, S. 305; A. Fuchs (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 368; M. Wendland (in:) *Kommentar...*, *op. cit.*, § 307 Rn. 318.

¹¹⁹ M. Fornasier (in:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 22.

¹²⁰ BGH, Urteil vom 10. Oktober 2013, III ZR 325/12, Rn. 14; BGH, Urteil vom 13. Februar 2020, IX ZR 140/19, Rn. 24; M. Fornasier (in:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 12.

¹²¹ BGH, Urteil vom 7. Oktober 1981, VIII ZR 214/80, NJW 1882, S. 181; BGH, Urteil vom 18. April 1989, X ZR 31/88, BGHZ 107, S. 190–191.

¹²² BGH, Urteil vom 12. Februar 2009, VII ZR 39/08, Rn. 15; BGH, Urteil vom 10. Oktober 2013, III ZR 325/12, Rn. 14.

Die Intransparenz der Hauptleistungspflicht müsste demnach einen als selbstständigen zu identifizierenden Teil der Klausel betreffen, welcher vom Rest der Klausel teilbar ist, sodass der verbleibende Teil allein Bestand haben kann.

Der EuGH lässt die partielle Aufrechterhaltung nur dann zu, wenn es hinsichtlich des Inhalts der Klausel zu keiner grundlegenden Veränderung kommt¹²³. Das bedeutet, um isoliert aufrechterhalten werden zu können, muss der in Frage stehende Bestandteil der Klausel, eine eigene, von den übrigen Klauseln getrennte Verpflichtung begründen¹²⁴.

Ein konkretes Beispiel für die teilweise Aufrechterhaltung findet sich im *Provident Polska*-Urteil. In dieser Vorabentscheidung ging es um die Klausel eines Darlehensvertrags, die sich inhaltlich aus den Tilgungsbedingungen sowie den genauen Modalitäten der Zahlung zusammengesetzt hat. Letztere bestimmte, dass die betreffenden Zahlungen wöchentlich, nur in Bargeld und am Wohnsitz der jeweiligen Darlehensnehmerin an einen Vertreter des Darlehensgebers vorzunehmen waren¹²⁵. Die konkret formulierten Modalitäten stellen laut dem EuGH eine von den anderen Bestimmungen der Klausel getrennte vertragliche Verpflichtung dar¹²⁶. Außerdem führe die Unwirksamkeit dieses Teils der Klausel nicht zu einer wesentlichen Veränderung des übrigen Inhalts. Der Verbraucher bleibe weiterhin dazu verpflichtet, das Darlehen gemäß den übrigen in dieser Klausel vorgesehenen Bedingungen zu tilgen¹²⁷.

Im Grundsatz ist die Streichung einer Teilklausel eine zulässige Maßnahme, sofern der wesentliche Inhalt der Klausel nicht beeinträchtigt wird¹²⁸. Denn es geht um die Wiederherstellung eines tatsächlichen Gleichgewichts zwischen den Parteien¹²⁹.

Nur unter diesen engen Voraussetzungen kann das jeweilige nationale Gericht einen Teil der Klausel aufheben¹³⁰. Damit hält der EuGH an seiner Auffassung fest, dass die nationalen Gerichte zur inhaltlichen Veränderung einer Klausel nicht befugt sind¹³¹.

Die Vereinbarkeit der Blue-Pencil-Rechtsprechung mit der Auslegung von Art. 6 war lange Zeit umstritten. Teilweise wurde argumentiert, dass eine Teilung zu einer inhaltlichen Veränderung führt und damit ausgeschlossen ist¹³². Andere

¹²³ EuGH, Urteil vom 26. März 2019, C-70/17, C-179/17, Rn. 64; EuGH, Urteil vom 8. September 2022, C-80/21, C-81/21, C-82/21, Rn. 64; D. Looschelders: *Der Wille...*, *op. cit.*, S. 2224.

¹²⁴ EuGH, Urteil vom 29. April 2021, C-19/20, Rn. 71.

¹²⁵ EuGH, Urteil vom 23. November 2023, C-321/22, Rn. 78, 92.

¹²⁶ EuGH, Urteil vom 23. November 2023, C-321/22, Rn. 93.

¹²⁷ EuGH, Urteil vom 23. November 2023, C-321/22, Rn. 93.

¹²⁸ EuGH, Urteil vom 23. November 2023, C-321/22, Rn. 91.

¹²⁹ EuGH, Urteil vom 23. November 2023, C-321/22, Rn. 81.

¹³⁰ EuGH, Urteil vom 29. April 2021, C-19/20, Rn. 71; EuGH, Urteil vom 23. November 2023, C-321/22, Rn. 96.

¹³¹ D. Looschelders: *Der Wille...*, *op. cit.*, S. 2224.

¹³² M. Stürmer: *Amtsprüfung im Mahnverfahren und Unzulässigkeit der Vertragsanpassung bei missbräuchlicher Verzugszinsklausel*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2013, Heft 17, S. 680; C. Wendehorst, F. v. West-

Stimmen hingegen sahen keinen Grund, die eine Teilbarkeit einer Klausel ausschloss und bejahten die Vereinbarkeit mit Art. 6¹³³. Begründet wurde dies unter anderem damit, dass eine Klausel gemäß dem Klauselbegriff der Richtlinie jede inhaltliche und semantisch trennbare vertragliche Regelung ist. Auch wenn die Klausel gliederungstechnisch als eine Einzige erscheint, könne es sich dennoch um mehrere selbstständigen Klauseln handeln. Diese scheinbar einheitliche, aber inhaltlich aus selbstständigen Klauseln zusammengesetzte Klausel könne dann zum Teil unverbindlich sein¹³⁴. Mit seiner Rechtsprechung im Provident Polska-Fall hat der EuGH dargelegt, dass Art. 6 nicht dagegen spricht, einen abtrennbaren Teil einer Klausel streichen zu lassen. Einschränkend wirkt bloß die Voraussetzung, dass die Streichung den wesentlichen Inhalt des betreffenden Vertrags nicht beeinträchtigen darf¹³⁵. Damit hat der EuGH mit seiner Rechtsprechung letztere Auffassung bestätigt.

Dieser Lösungsansatz lässt sich nicht unproblematisch auf Hauptleistungspflichten anwenden.

Denn auch bei einer Teilaufrechterhaltung der Klausel besteht die Möglichkeit, dass die unvermeidbare Lücke dennoch zur Vertragsunwirksamkeit führt. Insbesondere wenn die Teilklausel *essentialia negotii* enthielt, sind diese unverzichtbarer Kernbestandteil des Vertrages. Somit wird regelmäßig die Gesamtwirksamkeit des Vertrags die Folge sein. Auch die partielle Aufrechterhaltung stellt somit keine geeignete Maßnahme zur Bewahrung des Gesamtvertrages dar.

5. DIE BEDEUTUNG DES WILLENS DES VERBRAUCHERS

Eine wichtige Frage ist immer wieder, ob und in welchem Umfang der betroffene Verbraucher selbst Einfluss auf die Rechtsfolge der unwirksamen Klausel nehmen kann.

a) Verzicht auf Schutz der Klausel-Richtlinie

Gemäß Art. 6 ist das nationale Gericht nicht nur verpflichtet, über eine etwaige Missbräuchlichkeit zu entscheiden, sondern muss sie auch von Amts wegen prüfen¹³⁶.

phalen: *Auswirkungen...*, *op. cit.*, S. 237; J. Basedow (in:) *Münchener Kommentar zum BGB*, F.J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetcker, B. Limperg (Hrsg.), München 2019, § 306 Rn. 18.

¹³³ D. Looschelders: *Der Wille...*, *op. cit.*, S. 2224; D. Looschelders (in:) *Erman...*, *op. cit.*, § 306 BGB Rn. 11.

¹³⁴ T. Pfeiffer (in:) *AGB-Recht*, *op. cit.*, Art. 6 Rn. 11.

¹³⁵ EuGH, Urteil vom 23. November 2023, C-321/22, Rn. 96.

¹³⁶ EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, C-243/08, Rn. 32; EuGH, Urteil vom 21. Februar 2013, C-472/11, Rn. 23; EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019, C-260/18, Rn. 53.

Kommt das Gericht zum Ergebnis, dass ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vorliegt, muss es die betroffene Klausel grundsätzlich unangewendet lassen. Entschieden sich jedoch der Verbraucher dazu, nach Hinweis des Gerichts über den Verstoß, die Unverbindlichkeit nicht geltend zu machen, so muss das Gericht laut EuGH die Klausel nicht unangewendet lassen¹³⁷. Zu beachten ist, dass der Verbraucher „freiwillig und „aufgeklärt“¹³⁸ auf den Schutz der Klausel-Richtlinie verzichtet und die Klausel gegen sich gelten lassen möchte¹³⁹.

Die Anwendung der missbräuchlichen Klausel kann nach dem Willen des Verbrauchers also aufrechterhalten werden. Unangewendet bleibt die Klausel, wenn der Verbraucher dem nicht widerspricht¹⁴⁰.

b) Folgen der Nichtigkeit

Dem Verbraucherwillen kommt auch für den umgekehrten Fall der Nichtigkeitsklärung des gesamten Vertrages Bedeutung zu. Nach dem EuGH kommt eine Ersetzung durch dispositives Recht, wie es primär in § 306 Abs. 2 vorgesehen ist, nicht in Betracht, wenn das Gericht den Verbraucher über die Folgen der Gesamtnichtigkeit informiert und dieser die Folgen für sich akzeptiert hat¹⁴¹. Trifft dies zu, unterbleibt eine Lückenfüllung und es tritt die Gesamtnichtigkeit des Vertrages ein¹⁴².

Wie bereits festgestellt, ist dies bei Hauptleistungspflichten ohnehin die regelmäßige Konsequenz.

c) Verbraucherwille nach dem EuGH

Nach dem EuGH hat der Verbraucher offenbar ein Wahlrecht. Er kann die Nichtigkeit des Vertrages wählen oder den Vertrag mit der entsprechenden Klausel aufrechterhalten und gegen sich gelten lassen¹⁴³.

¹³⁷ EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, C-243/08, Rn. 33, 35; EuGH, Urteil vom 21. Februar 2013, C-472/11, Rn. 27; EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019, C-260/18, Rn. 53.

¹³⁸ EuGH, Urteil vom 21. Februar 2013, C-472/11, Rn. 35; EuGH, Urteil vom 9. Juli 2020, C-452/18, Rn. 25.

¹³⁹ EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, C-243/08, Rn. 33, 35; EuGH, Urteil vom 26. März 2019, C-70/17, C-179/17, Rn. 52.

¹⁴⁰ EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, C-243/08, Rn. 35.

¹⁴¹ EuGH, Urteil vom 8. September 2022, C-80/21, C-81/21, C-82/21, Rn. 78; D. Looschelders: *Der Wille...*, *op. cit.*, S. 2224.

¹⁴² D. Looschelders: *Der Wille...*, *op. cit.*, S. 2224.

¹⁴³ C. Herresthal: *Die unionsrechtlichen Vorgaben bei unwirksamen AGB-Regeln*, Neue Juristische Wochenschrift 2023, Heft 17, S. 1161 Rn. 18.

d) Relativierung und Kritik

Die Bedeutung des Verbraucherwillens wird trotz der scheinbaren Eindeutigkeit in den EuGH-Entscheidungen tatsächlich nicht diese Bedeutung beigegeben.

Der EuGH selbst relativiert die Maßgeblichkeit des Verbraucherwillens umgehend¹⁴⁴. So stellt er sogleich an die Betonung der Bedeutung des Verbraucherwillens fest, dass dieser keinen Vorrang vor der Befugnis des nationalen Gerichts habe, um zu entscheiden, ob die Anwendung nationaler Rechtsvorschriften es ermögliche, die Sache- und Rechtslage wiederherzustellen, in der sich der Verbraucher ohne die missbräuchliche Klausel befunden hätte¹⁴⁵.

Daran anschließend wird betont, dass maßgebend in ständiger Rechtsprechung des EuGH das objektive Recht ist. Dies ist mit einem generellen Wahlrecht des Verbrauchers nicht vereinbar¹⁴⁶.

Außerdem könne der Verbraucherwille auch nicht vor § 306 Abs. 2 Geltung beanspruchen, sondern habe dahinter zurückzutreten¹⁴⁷.

Selbst wenn der Gesetzgeber sich entscheiden sollte, dem Willen des Verbrauchers mehr Gewicht zu verleihen, so sei die Einführung eines Wahlrechts durch eine Änderung des § 306 Abs. 2 nicht möglich¹⁴⁸. Darin würde eine Überschreitung der tradierten Dispositionsmaxime der Parteien im Zivilprozessrecht liegen. Außerdem widerspreche ein Wahlrecht dem Rechtsstaatsgebot. Eine Rechtsordnung solle die Anwendung einer missbräuchlichen Klausel zum Zweck der Aufrechterhaltung des Vertrages nicht dulden müssen¹⁴⁹. Wenn eigentlich unwirksame Klauseln in vereinzelt Verträgen aufgrund des Einverständnisses einer Partei wirksam bleiben, führt das zudem zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit¹⁵⁰.

Auch falle es in das Risiko der jeweiligen Parteien im Rahmen ihrer Privatautonomie, die Vertragsunwirksamkeit akzeptieren zu müssen¹⁵¹.

Weiterhin werde der nationale Gesetzgeber durch die aktuelle Entscheidung¹⁵² nicht verpflichtet, den Verbraucher über die Folgen einer Gesamtnichtigkeit aufzuklären, um diesem die Wahl über die Rechtsfolge zu ermöglichen¹⁵³. Denn die

¹⁴⁴ EuGH, Urteil vom 8. September 2022, C-80/21, C-81/21, C-82/21, Rn. 74, 78; C. Herresthal: *Die unionsrechtlichen...*, *op. cit.*, S. 1161 Rn. 18.

¹⁴⁵ EuGH, Urteil vom 8. September 2022, C-80/21, C-81/21, C-82/21, Rn. 74.

¹⁴⁶ EuGH, Urteil vom 15. März 2012, C-453/10, Rn. 32–33; C. Herresthal: *Die unionsrechtlichen...*, *op. cit.*, S. 1161 Rn. 19.

¹⁴⁷ C. Herresthal: *Die unionsrechtlichen...*, *op. cit.*, S. 1161 Rn. 19.

¹⁴⁸ *Ibidem*, Rn. 20.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ C. Herresthal: *Die unionsrechtlichen...*, *op. cit.*, Rn. 21.

¹⁵² EuGH, Urteil vom 8. September 2022, C-80/21, C-81/21, C-82/21.

¹⁵³ C. Herresthal: *Die unionsrechtlichen...*, *op. cit.*, S. 1161 Rn. 22.

Gerichte haben ihre Entscheidungen anhand von § 306 Abs. 2 zu fällen und eine solche Aufklärungspflicht werde auch nicht vom EuGH angeordnet¹⁵⁴.

Die Mitgliedstaaten haben Autonomie über ihre Gerichtsverfahren¹⁵⁵ und das deutsche Zivilprozessrecht kennt keine Aufklärungspflicht in dieser Form. Es sei nicht Aufgabe der Judikative über hypothetische Entscheidungsinhalte aufzuklären¹⁵⁶.

6. ZWISCHENERGEBNIS

Auf die Unwirksamkeit einer Klausel, welche die Hauptleistungspflichten bestimmt, wird in der Regel die Nichtigkeit des gesamten Vertrages folgen. Eine Rettung durch ergänzende Auslegung oder Ersetzung der Klausel ist bei Hauptleistungspflichten keine erfolgsbringende Maßnahme.

Der Einfluss des Verbrauchers auf die Rechtsfolge ist in seiner Reichweite beschränkt, da es hinter der Anwendung des objektiven Rechts zurücktritt.

IV. RÜCKABWICKLUNG DES VERTRAGES

Ist der gesamte Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer nichtig, stellt sich die Frage nach der Art und Weise der Rückabwicklung.

Ein aktuell behandeltes Thema ist zudem die Verjährungsfrist des bereicherungsrechtlichen Anspruches.

1. ANSPRÜCHE AUF RÜCKGEWÄHRUNG DER LEISTUNGEN

Zur Rückabwicklung macht die Klausel-Richtlinie keine Vorgaben. Die Rückabwicklung richtet sich damit nach dem nationalen Recht.

Ist der gesamte Vertrag unwirksam, wurden die Leistungen aber bereits ausgetauscht, so können die Parteien diese nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 kondizieren. Der Begriff Kondiktion meint die Rückabwicklung von nicht rechtmäßig erworbenen Leistungen¹⁵⁷.

¹⁵⁴ EuGH, Urteil vom 8. September 2022, C-80/21, C-81/21, C-82/21, Rn. 73; C. Herresthal: *Die unionsrechtlichen...*, *op. cit.*, S. 1161 Rn. 22.

¹⁵⁵ EuGH, Urteil vom 16. März 2023, C-6/22, Rn. 39.

¹⁵⁶ C. Herresthal: *Unionsrechtskonformität...*, *op. cit.*, S. 1161 Rn. 22.

¹⁵⁷ M. Schwab (in:) *Münchener Kommentar zum BGB*, F.J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetcker, B. Limperg (Hrsg.), München 2024, § 812 Rn. 399.

§ 812 regelt den Herausgabeanspruch bei einer ungerechtfertigten Bereicherung. Gemäß Abs. 1 S. 1 Alt. 1 ist, wer durch die Leistung eines anderen etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat, zur Herausgabe verpflichtet. Im deutschen Recht bestimmt sich der Umfang der Herausgabe bei wechselseitigen, nichtigen Verträgen nach der herrschenden Saldotheorie¹⁵⁸. Bei einem gegenseitigen Vertrag stehen Leistung und Gegenleistung in einem Abhängigkeitsverhältnis, denn beide Parteien sind willentlich ein Austauschverhältnis (Synallagma) eingegangen und dieses Verhältnis besteht auch im Rahmen der Rückabwicklung fort¹⁵⁹. Deshalb werden die Ansprüche beider Parteien auf Rückabwicklung nicht getrennt voneinander betrachtet. Stattdessen werden alle erbrachten Leistungen einschließlich aller Vor- und Nachteile miteinander verrechnet (saldiert)¹⁶⁰. Der Bereicherungsanspruch beschränkt sich auf den Überschuss, welcher zugunsten einer Partei aus der Saldierung von Leistung und Gegenleistung verbleibt¹⁶¹.

Folglich gilt auch bei der Rückabwicklung dieselbe Gefahrverteilung wie sie bei einem wirksamen Vertrag bestanden hätte. Die erbrachte Gegenleistung bleibt auch bei einem ersatzlosen Untergang bis zur Höhe des Saldos berücksichtigt. So kann keine Partei den Einwand der Entreicherung bezüglich des Empfangenen nach § 818 Abs. 3 vorbringen und trotzdem seine eigene Gegenleistung zurückfordern. Erst auf den errechneten Überschuss ist § 818 Abs. 3 anwendbar¹⁶².

Die Saldierung ist nicht möglich bei ungleichartigen Leistungen. Dennoch findet die Saldotheorie Berücksichtigung. Der Gläubiger darf seine Leistung nur Zug-um-Zug gegen Erstattung der Gegenleistung zurückfordern, ohne dass die Erhebung einer Einrede notwendig ist¹⁶³.

2. DIE VERJÄHRUNG BEREICHERUNGSRECHTLICHER RÜCKFORDERUNGSANSPRÜCHE

Bereicherungsrechtliche Ansprüche unterliegen gem. § 195 der regelmäßigen Verjährung von drei Jahren. Die Verjährung müsste mit den europarechtlichen Maßstäben vereinbar sein.

Nach dem EuGH gelten für die Verjährung der Rückgewähransprüche des Verbrauchers im Rahmen der Klausel-Richtlinie zwar die Vorschriften des jeweiligen

¹⁵⁸ BGH, Urteil vom 8. Januar 1970, VII ZR130/68, BGHZ 53, S. 146; BGH, Urteil vom 14. Oktober 1971, VR ZR 313/69, BGHZ 57, S. 146 ff.; BGH, Urteil vom 19. Januar 2001, V ZR 437/99, BGHZ 146, S. 307 ff.

¹⁵⁹ M. Schwab (in:) *Münchener...*, *op. cit.*, § 818 Rn. 243; BGH, Urteil vom 14. Oktober 1971, VII ZR 313/69, BGHZ 57, S. 150.

¹⁶⁰ BGH, Urteil vom 20. März 2001, XI ZR 213/00, BGHZ 147, S. 157.

¹⁶¹ BGH, Urteil vom 10. Februar 1999, VIII ZR 314/97, NJW 1999, S. 1181.

¹⁶² BGH, Urteil vom 14. Oktober 1971, VII ZR 313/69, BGHZ 57, S. 150; BGH, Urteil vom 10. Februar 1999, VIII ZR 314/97, NJW 1999, S. 1181; M. Schwab (in:) *Münchener...*, *op. cit.*, § 818 Rn. 241, 243.

¹⁶³ BGH, Urteil vom 11. November 1994, V ZR 116/93, NJW 1995, S. 455; BGH, Urteil vom 10. Februar 1999, VIII ZR 314/97, NJW 1999, S. 1181; M. Schwab (in:) *Münchener...*, *op. cit.*, § 818 Rn. 244.

nationalen Rechts, diese müssen jedoch die Vorgaben des unionsrechtliche Effektivitäts- und Äquivalenzgebots erfüllen¹⁶⁴.

Nach dem Effektivitätsprinzip dürfen die nationalen Vorschriften die Ausübung der durch Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Das Äquivalenzprinzip besagt, dass die nationalen Vorschriften nicht ungünstiger sein dürfen als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln¹⁶⁵.

So hat der EuGH bezüglich eines Anspruches des Verbrauchers auf Rückerstattung von Beiträgen ihm Rahmen eines Darlehensvertrages entschieden, dass die Verjährungsfrist nur dann mit dem Effektivitätsgrundsatz und der Klausel-Richtlinie vereinbar ist, wenn der Verbraucher die Möglichkeit hatte, von seinen Rechten Kenntnis zu nehmen, bevor diese Frist zu laufen beginnt oder abgelaufen ist¹⁶⁶.

Eine Unionsrechtswidrigkeit ist gegeben, wenn eine nicht zu unterschätzende Gefahr besteht, dass sich der Verbraucher nicht vor Verjährungseintritt auf seinen Anspruch auf Rückgewährung beruft¹⁶⁷. Entscheidend ist also der Beginn der Verjährung und die Gelegenheit des Verbrauchers von seinen Rechten Kenntnis zu nehmen. Ansonsten läuft der Verbraucher Gefahr, dass sein Anspruch auf Rückerstattung verjährt und sein Gegner die Einrede der Verjährung gem. § 214 erheben kann, sodass der Verbraucher seinen Anspruch auf Erstattung nicht durchsetzen kann. So wurde eine dreijährige Verjährungsfrist, die mit der Erbringung der rechtsgrundlosen Leistung beginnt, als unvereinbar mit dem Effektivitätsgrundsatz im Bereich der Klausel-Richtlinie beurteilt¹⁶⁸. Sogar eine fünfjährige Verjährungsfrist ist im Rahmen der Klausel-Richtlinie nicht ausreichend, wenn die Frist mit dem Vertragschluss zu laufen beginnt¹⁶⁹.

Die deutschen Verjährungsregeln müssen diesen Grundsätzen genügen. Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt gem. § 199 Abs. 1 Nr. 1 mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist.

Grundsätzlich sind aber Verjährungsfristen von drei bis fünf Jahren mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar, sofern der Verbraucher die Möglichkeit hatte von

¹⁶⁴ EuGH, Urteil vom 8. September 2022, C-80/21, C-81/21, C-82/21, Rn. 90; M. Fornasier (in:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 306 Rn. 5.

¹⁶⁵ EuGH, Urteil vom 10. Juli 1997, C-261/95, Rn. 28; EuGH, Urteil vom 16. Mai 2000, C-78/98, Rn. 33; EuGH, Urteil vom 26. Oktober 2006, C-168/05, Rn. 24; EuGH, Urteil vom 8. September 2022, C-80/21, C-81/21, C-82/21, Rn. 84.

¹⁶⁶ EuGH, Urteil vom 27. Februar 2003, C-327/00, Rn. 55; EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2009, C-40/08, Rn. 46; EuGH, Urteil vom 8. September 2022, C-80/21, C-81/21, C-82/21, Rn. 98.

¹⁶⁷ EuGH, Urteil vom 27. Juni 2000, C-240/98 bis C- 244/98, Rn. 26; EuGH, Urteil vom 26. Oktober 2006, C-168/05, Rn. 28; EuGH, Urteil vom 5. März 2020, C-679/18, Rn. 22; EuGH, Urteil vom 22. April 2021, C-485/19, Rn. 60.

¹⁶⁸ EuGH, Urteil vom 9. Juli 2020, C-698/18, C-699/18, Rn. 67.

¹⁶⁹ EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020, C-224/19, C-259/19, Rn. 91; EuGH, Urteil vom 10. Juni 2021, C-776/19 bis C-782/19, Rn. 41.

seinen Rechten Kenntnis zu nehmen, bevor diese Frist zu laufen beginnt oder abgelaufen ist¹⁷⁰.

Zudem muss dem Informationsdefizit des Verbrauchers gegenüber dem Gewerbetreibenden Rechnung getragen werden. Dafür ist bei Erörterung der Frage, ob der Verbraucher Zweifel an der Klausel hätte haben müssen, auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen¹⁷¹.

Ein solches subjektives Element ist in § 199 Abs. 1 Nr. 2 normiert. Danach ist eine Voraussetzung für Beginn der Verjährung, dass der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Mit diesem subjektiven Element genügt das deutsche Recht den Anforderungen des Effektivitätsgrundsatzes bei der Verjährung der Bereicherungsansprüche¹⁷².

Im Ergebnis ist damit die Verjährung des Bereicherungsanspruchs gem. §§ 195, 199 Abs. 1 mit den europäischen Vorgaben vereinbar¹⁷³. Der Anspruch des Verbrauchers auf Rückerstattung der Leistung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 unterliegt damit der Regelverjährung gem. §§ 195, 199 Abs. 1.

V. ZWISCHENERGEBNIS

Klauseln, welche Hauptleistungspflichten zum Gegenstand haben, unterliegen dem Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 S. 2. Um den Verbraucher vor den nachteiligen Folgen einer Rückabwicklung zu schützen, kommt nach den Vorschriften des AGB-Rechts eine Ersetzung der unwirksamen Klausel in Betracht.

Eine Ergänzung mittels dispositiven Gesetzesrechts wird in der Regel daran scheitern, dass kein passendes Recht im Zivilrecht verfügbar ist und dass der verbleibende Vertragstorso nicht mehr fähig ist, alleine bestehen zu bleiben. An diesem Mangel wird auch die ergänzende Vertragsauslegung sowie die partielle Aufrechterhaltung scheitern. Sind Hauptleistungspflichten von der Unwirksamkeit betroffen ist die Gesamtnichtigkeit unvermeidbar. Auch wenn der Wille des Verbrauchers grundsätzlich vom EuGH als bedeutsam eingestuft wird, kann sich dieser nicht über die objektive Rechtsordnung hinwegsetzen.

¹⁷⁰ EuGH, Urteil vom 11. Juli 2002, C-62/00, Rn. 35; EuGH, Urteil vom 24. März 2009, C-445/06, Rn. 32; EuGH, Urteil vom 15. April 2010, C-542/08, Rn. 28; EuGH, Urteil vom 8. September 2022, C-80/21, C-81/21, Rn. 92, 98.

¹⁷¹ EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-26/13, Rn. 74.

¹⁷² EuGH, Urteil vom 22. April 2021, C-485/19, Rn. 61; C. Herresthal: *Die unionsrechtlichen...*, *op. cit.*, S. 1161 Rn. 23; A. Piekenbrock: *Die Verjährung des Bereicherungsanspruchs im Lichte der Klauselrichtlinie — Fortsetzung*, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union* 2021, Heft 4, S. 181.

¹⁷³ C. Herresthal: *Die unionsrechtlichen...*, *op. cit.*, S. 1161 Rn. 23; H. Schmidt: *(Nicht mehr ganz) Neues aus Luxemburg: Der EuGH und die Art. 6 und 7 der Klausel-Richtlinie 93/13/EWG*, *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht* 2022, Heft 1, S. 14.

C. ERGEBNIS UND AUSBLICK

Die Folge bei der Unwirksamkeit einer nicht ausgehandelten Klausel in Verbraucherverträgen, die Hauptleistungspflichten aus dem Vertrag betreffen, ist die Gesamtunwirksamkeit des Vertrages. Eine Ersetzung der intransparenten Klausel scheitert daran, dass der übrige Vertragstorso ohne die essentialia negotii nicht bestandsfähig ist. Die Maßnahmen des § 306 Abs. 1, 2 sind für die Ersetzung von Hauptleistungspflichten nicht geeignet. Auch die ergänzende Vertragsauslegung durch das Gericht oder die vom BGH entwickelte partielle Aufrechterhaltung können eine solche Klausel nicht retten. So tritt die unvermeidbare Gesamtunwirksamkeit des Verbrauchervertrages ein. Der Verbraucher muss dann die nachteiligen Folgen einer Rückabwicklung akzeptieren. Geschützt wird er durch die Verjährungsregeln, die an seine subjektive Kenntnis bzw. das Kennenmüssen der die Intransparenz begründenden Umstände anknüpft.

Die Vielzahl der zitierten EuGH-Urteile offenbart, dass missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen im letzten Jahrzehnt ein präzentes Thema vor europäischen Gerichten waren. Auch wenn die Richtlinie aus dem Jahre 1993 stammt, sind aktuell noch eine Reihe von Fragen zu Anwendung und Auslegung offen, welche der EuGH im Rahmen der Vorlagefragen beantwortet.

Auch im deutschen Recht sind noch viele Aspekte umstritten.

Deswegen wird vor allem in der Literatur eine Vorlage des BGH zu diesen Fragen an den EuGH gefordert¹⁷⁴. Es bleibt abzuwarten, ob der BGH dieser Forderung nachkommt. Bisher zeigt er keine Zweifel bei seiner Rechtsprechung im Anwendungsbereich der Klausel-Richtlinie.

Es bleibt demnach weiterhin Raum für Diskussionen.

LITERATURVERZEICHNIS

- Basedow J.: *Der Bundesgerichtshof, seine Rechtsanwälte und die Verantwortung für das europäische Privatrecht* (in:) *Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag*, G. Pfeiffer, J. Kummer, S. Scheuch (Hrsg.), Köln 1996, S. 651–681.
- Basedow J. (in:) *Münchener Kommentar zum BGB*, F.J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetcker, B. Limperg (Hrsg.), München 2019.
- Bonin H. (in:) *Beck-Online Großkommentar zum BGB*, B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz (Hrsg.), München, Stand 01.08.2023.
- Busche J. (in:) *Münchener Kommentar zum BGB*, F.J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetcker, B. Limperg (Hrsg.), München 2022.

¹⁷⁴ B. Gsell: *Grenzen...*, *op. cit.*, S. 755; D. Looschelders: *Der Wille...*, *op. cit.*, S. 2224.

- Canaris C.: *Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln beim Annuitätendarlehen Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von § 8 und § 9 AGB-Gesetz*, Neue Juristische Wochenschrift 1987, Heft 11, S. 609–617.
- Eckelt H. (in:) *Beck-Online Großkommentar zum BGB*, B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz (Hrsg.), München 2023, Stand 01.08.2023.
- Eckert H.: *Das neue Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1996, Heft 29, S. 1238–1241.
- Fervers M.: *Anmerkung zu: Verbraucherecht: Folgen rechtsmissbräuchlicher Klauseln bei Tilgung von Fremdwährungsdarlehen*, EuGH, Urt. v. 30.4.2014 — C-26/13 (Kasler ua/OTP Jelzalogbank Zrt), Neue Juristische Wochenschrift 2014, Heft 8, S. 506–511.
- Fornasier M. (in:) *Münchener Kommentar zum BGB*, F.J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetcker, B. Limperg (Hrsg.), 9. Aufl., München 2022.
- Fuchs A. (in:) *Kommentar zum AGB-Recht*, P. Ulmer, H.E. Brandner, H.D. Hensen (Begr.), 13. Aufl., Köln 2022.
- Grundmann S.: *Europäisches Schuldvertragsrecht: Das europäische Recht der Unternehmergeschäfte*, Berlin 1999.
- Grüneberg C. (in:) *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Beck'sche Kurz-Kommentare*, Band 7, C. Grüneberg (Hrsg.), München 2023.
- Gsell B.: *Grenzen des Rückgriffs auf dispositives Gesetzesrecht zur Ersetzung unwirksamer Klauseln in Verbraucherverträgen*, Juristen Zeitung 2019, Heft 15, S. 751–758.
- Habersack M. (in:) *Kommentar zum AGB-Recht*, P. Ulmer, H.E. Brandner, H.D. Hensen (Begr.), Köln 2022.
- Herresthal C.: *Die unionsrechtlichen Vorgaben bei unwirksamen AGB-Regeln*, Neue Juristische Wochenschrift 2023, Heft 17, S. 1161–1166.
- Herresthal C.: *Unionsrechtskonformität der ergänzenden Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln*, Neue Juristische Wochenschrift 2021, Heft 9, S. 589–592.
- Kappus A.: *EG-Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln und notarielle Verträge — Steht den deutschen Notaren ihr gemeinschaftsrechtliches Waterloo bevor?*, Neue Juristische Wochenschrift 1994, Heft 29, S. 1847–1849.
- Klauer I. (in:) *Die Europäisierung des Privatrechts, Der EuGH als Zivilrichter, Europäisches Privatrecht*, Band 7, J. Basedow (Hrsg.), Baden-Baden 1998.
- Kotzur M. (in:) *EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar*, R. Geiger, D. Khan, M. Kotzur, L. Kirchmair (Hrsg.), München 2023.
- Lehmann-Richter A. (in:) *Beck-Online Großkommentar zum BGB*, B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz (Hrsg.), München 2023, Stand 01.08.2023.
- Leible S.: *Gerichtsstandsklauseln und EG-Klauselrichtlinie*, Recht der internationalen Wirtschaft 2001, Heft 6, S. 422–431.

- Lindacher W.F., Hau W. (in:) *AGB-Recht*, M. Wolf, W.F. Lindacher, T. Pfeiffer (Hrsg.), München 2020.
- Looschelders D. (in:) *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBG, VersAusglG und WEG*, H.P. Westermann, B. Grundewald, G. Maier-Reimer (Hrsg.), Köln 2023.
- Looschelders D.: *Der Wille des Verbrauchers als Grenze für die Ersetzung missbräuchlicher Klauseln durch dispositives Recht, Zugleich Besprechung von EuGH, Urt. v. 8.9.2022 — C-80/21 — C-82/21*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2022, Heft 44, S. 2222–2225.
- Mansel H.P. (in:) *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, R. Stürmer (Hrsg.), München 2021.
- Nassall W. (in:) *Europäisches Zivilrecht, Beck'sche Kurz-Kommentare*, M. Gebauer, T. Wiedmann (Hrsg.), München 2021.
- Nassall W.: *Die Anwendung der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Zugleich ein Beitrag zur Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Generalklauseln*, Juristen Zeitung 1995, Band 49, S. 689–694.
- Nettesheim M. (in:) *Das Recht der Europäischen Union, Band I AEUV/EUV*, E. Grabitz, M. Hilf, M. Nettesheim (Hrsg.), 79. Ergänzungslieferung, München, Stand Mai 2023.
- Pfeiffer T. (in:) *AGB-Recht*, M. Wolf, W.F. Lindacher, T. Pfeiffer (Hrsg.), München 2020.
- Piekenbrock A.: *Die Verjährung des Bereicherungsanspruchs im Lichte der Klauselrichtlinie — Fortsetzung, Anmerkung zu: EuGH, Urt. v. 22.4.2021 — C-485/19, Profi Credit Slovakia*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2021, Heft 4, S. 178–182.
- Remien O.: *AGB-Gesetz und Richtlinie über missbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld*, Zeitschrift für europäisches Privatrecht 1994, Heft 1, S. 34–66.
- Rieländer F.: *Zum Reformbedarf des deutschen AGB-Rechts unter dem Eindruck der neueren EuGH-Judikatur zur Klausel-RL*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2023, Heft 7, S. 317–327.
- Ruffert M. (in:) *EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, C. Calliess (Hrsg.), München 2022.
- Schmidt H.: *(Nicht mehr ganz) Neues aus Luxemburg: Der EuGH und die Art. 6 und 7 der Klausel-Richtlinie 93/13/EWG*, Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht 2022, Heft 1, S. 10–17.
- Schmidt H. (in:) *Kommentar zum AGB-Recht*, P. Ulmer, H.E. Brandner, H.D. Hensen (Begr.), Köln 2022.
- Schmidt H. (in:) *Beck'sche Online-Kommentar BGB*, W. Hau, R. Poseck, München 2023.
- Schulte-Nölke H. (in:) *Handkommentar zum BGB*, R. Schulze (Hrsg.), Baden-Baden 2022.

- Schwab M. (in:) *Münchener Kommentar zum BGB*, F.J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetcker, B. Limperg (Hrsg.), München 2024.
- Stoffels M.: *Schranken der Inhaltskontrolle*, Juristen Zeitung 2001, Heft 56, S. 843–849.
- Stürmer M.: *Amtsprüfung im Mahnverfahren und Unzulässigkeit der Vertragsanpassung bei missbräuchlicher Verzugszinsklausel, Anmerkung zu EuGH-Entscheidung v. 14. Juni 2012*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2013, Heft 17, S. 666–680.
- Thüsing G. (in:) *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerk*, F. Graf von Westphalen, G. Thüsing, R. Pamp (Hrsg.), Stand 49. Ergänzungslieferung März 2023, München.
- von Westphalen F.: *Unionsrechtliche Folgen des AGB-Missgriffs, Zum Bestehenbleiben „skelettierter“ Verträge*, Neue Juristische Wochenschrift 2012, Heft 25, S. 1770–1773.
- Wendehorst C., v. Westphalen F.: *Auswirkungen neuer EuGH-Urteile auf § 306 II BGB*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2021, Heft 6, S. 229–238.
- Wendland M. (in:) *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 § 305–310, UKlagG, Recht der Schuldverhältnisse*, J. v. Staudinger (Hrsg.), Berlin 2022.
- Werkmeister C.: *Verbraucherrecht — Gesamtnichtigkeit eines Verbraucherkreditvertrags, Anmerkung zu EuGH Urt. v. 15.3.2012 — C-453/10*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2012, Heft 8, S. 302–305.
- Westermann H.P. (in:) *Abgrenzung von Neben- und Hauptleistungspflichten in Hinblick auf die Inhaltskontrolle, Zehn Jahre AGB-Gesetz*, RWS-Forum 2, H. Heinrichs, W. Löwe, P. Ulmer (Hrsg.), Köln 1987, S. 135–153.
- Wurmnest W. (in:) *Münchener Kommentar zum BGB*, F.J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetcker, B. Limperg (Hrsg.), München 2022.

Słowa kluczowe: Klausel-Richtlinie, Missbräuchliche Klauseln, AGB-Recht, Hauptleistungspflichten, Transparenzkontrolle, Rechtsfolgen der Intransparenz, Ersetzung der unwirksamen Klausel, Gesamtnichtigkeit, Verbraucherschutz.

ALEA BÖSCHE

CONSEQUENCES OF THE INEFFECTIVENESS
OF NON-NEGOTIATED TERMS IN CONSUMER CONTRACTS,
ONLY IN RELATION TO THE MAIN OBLIGATIONS ARISING
FROM THE CONTRACT

S u m m a r y

The aim of this article is to analyze the legal consequences that consumers have to face when their contracts contain ineffective clauses, focusing specifically on German law within the scope of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

The first part examines the criterion of unfairness based on the standard of good faith as set out in Art. 3 I. It also examines what falls under the main subject matter of the contract, § 307 III BGB, along with a detailed consideration of the transparency requirements for terms. The two main criteria are that the term must be clear and understandable, § 307 I 2 BGB.

The main part deals with the methods of replacing unfair terms. Special attention is given to the supplementary interpretation of the contract, the dispositive statutory law and the „blue pencil test“ developed by the German Federal Court of Justice. These tools are analyzed in terms of their suitability and appropriateness, especially when the main subject matter of the contract is implicated in the unfair term. Upholding the contract without the main subject matter fails because the essential part of the contract is missing. If it is not possible to replace the affected provision, the entire contract is null and void.

The next part determines the extent to which consumer preferences can be taken into account. The European Court of Justice considers the consumer's will to be significant in principle. However, it cannot disregard objective law.

In the final section, the article examines the concept of the reverse transaction in more detail, with a particular focus on the adjustment of the limitation period for the consumer's unjust enrichment claim.

Key words: Council Directive 93/13/EEC, unfair terms, main subject matter, control of transparency, legal consequences of non-transparency, replacement of the unfair term, invalidity of the entire contract, consumer protection.