



Article scientifique

Article

2014

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## Vertragsübernahme und AGB-Kontrolle im Dreipersonenverhältnis

---

Kadner Graziano, Thomas; Landbrecht, Johannes

### How to cite

KADNER GRAZIANO, Thomas, LANDBRECHT, Johannes. Vertragsübernahme und AGB-Kontrolle im Dreipersonenverhältnis. In: Jura, juristische Ausbildung, 2014, p. 514–525.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44672>

**Methodik ZR**

## Examensklausur

Prof. Dr. Thomas Kadner Graziano, LL.M. (Harv.) und RA Dr. Johannes Landbrecht, LL.B. (London)

# Vertragsübernahme und AGB-Kontrolle im Dreipersonenverhältnis – Ein Fall aus der anwaltlichen Praxis

DOI 10.1515/jura-2014-0060

Vertragsübernahme – ABG-Kontrolle eines ursprünglich individuell ausgehandelten, dann aber von einer Vielzahl neuer Vertragspartner übernommenen Vertrages – Kontrolle einer langjährigen Vertragslaufzeit

*Der Sachverhalt basiert auf einem Fall aus der anwaltlichen Praxis: Privatpersonen erwerben als Kapitalanlage jeweils eine Immobilie und müssen von dem Veräußerer dabei einen Servicevertrag übernehmen, aufgrund dessen ein Hausmeisterdienst Leistungen für die zugehörige Immobilie erbringt. Einer der Erwerber möchte sich umgehend von dem Servicevertrag lösen. Der Servicevertrag sieht jedoch eine langjährige Vertragslaufzeit vor. – Der Fall wirft die Frage auf, ob der übernommene Vertrag zugunsten des in den Vertrag eintretenden neuen Vertragspartners einer AGB-Kontrolle unterliegt, weil er jetzt gegenüber zahlreichen Erwerbern mit identischem Inhalt zur Anwendung kommt. Ursprünglich war der Vertrag allerdings zwischen den Erst-Vertragspartnern individuell ausgehandelt worden. – Bei der Bearbeitung müssen die einzelnen Vertragsverhältnisse sorgfältig getrennt und gesondert analysiert werden. Die maßgeblichen gesetzlichen Regelungen sind lückenhaft, so dass die Falllösung eigene Wertungen des Bearbeiters und, gegebenenfalls, die analoge Anwendung gesetzlicher Vorschriften erfordert. Der Aufbau des Gutachtens ist anspruchsvoll.*

**SACHVERHALT**

H betreibt einen Hausmeisterdienst in Frankfurt am Main. Er bietet verschiedene Dienstleistungen im Immobilienbereich an. Außerdem ist er Eigentümer eines größeren noch unbebauten Grundstücks in einem Vorort Frankfurts, das laut Bebauungsplan mit Wohngebäuden verschiedener Größe bebaut werden kann. Weil H das notwendige Kapital fehlt, um die Bebauung selbst durchzuführen, wendet er sich an den Projektentwickler E. Die beiden vereinbaren die folgende Transaktion: H verkauft das Areal an E. Dieser errichtet dort 200 Wohneinheiten, die er dann vermietet. E schließt als Teil seiner Gegenleistung gegenüber H mit diesem bezüglich der 200 Wohneinheiten einen umfassenden, im Einzelnen individuell ausgehandelten Servicevertrag für Immobiliendienstleistungen ab, der u.a. Reinigung, Gartenpflege, kleinere Reparaturen, Wartungen und Instandsetzungen vorsieht. Der Vertrag ist auf zehn Jahre fest abgeschlossen und verlängert sich am Ende der Laufzeit um jeweils zwei Jahre, wenn er nicht mit einer Frist von sechs Monaten zum jeweiligen Laufzeitende gekündigt wird. Die Rechnungsstellung erfolgt monatlich. Das Vergütungssystem einschließlich der Preise für die von H angebotenen Einzelleistungen ist im Voraus für die gesamte Vertragslaufzeit festgelegt. Dabei erhält H eine Pauschale je Wohneinheit und Monat, die regelmäßig anfallende Arbeiten abdeckt. Ebenfalls detailliert festgelegt ist, welche Leistungen H für welche Wohneinheit erbringen muss. Zusätzlich anfallende Arbeiten werden gegebenenfalls nach Aufwand abgerechnet. Es besteht für E aber keine Pflicht, zusätzliche Arbeiten von H in Anspruch zu nehmen. Ruft er sie nicht ab, drohen ihm keinerlei Nachteile.

Die beschriebene Transaktion wird im Mai des Jahres 2009 erfolgreich durchgeführt. Alle Verträge sind formwirksam. Der Servicevertrag wird zur Zufriedenheit aller Beteiligten praktiziert.

Um weitere Projekte finanzieren zu können, möchte E nun die 200 Wohneinheiten verkaufen. Er wandelt dazu

**Thomas Kadner Graziano:** Der Autor ist Ordentlicher Professor an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Genf.

**Johannes Landbrecht:** Der Autor ist Rechtsanwalt in Genf, vormals wissenschaftlicher Mitarbeiter an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Genf.

die Anlage in eine Wohnungseigentümergeinschaft (WEG) um. H und E hatten den Fall, dass E die Wohnungen würde verkaufen wollen, vorhergesehen und in den Servicevertrag folgende, ebenfalls im Einzelnen ausgehandelte Klausel aufgenommen:

»13. Übertragung des Vertrags

Sofern sich E nach Vertragsschluss dazu entschließen sollte, die von ihm zu errichtenden Wohneinheiten einzeln oder zusammen zu veräußern, darf E den vorliegenden Vertrag auf den oder die Erwerber übertragen. H stimmt dieser Übertragung hiermit vorab zu.«

Im März 2012 wird die WEG errichtet. Im Laufe der folgenden Monate werden die 200 Wohneinheiten an 200 neue Eigentümer, welche die Wohnungen zur privaten Nutzung erwerben, verkauft und übereignet. Der Servicevertrag wird jeweils durch Vereinbarung zwischen E und den 200 Neueigentümern auf diese übertragen. Die Neueigentümer übernehmen bezüglich ihrer eigenen Wohneinheit jeweils die Rechte und Pflichten aus dem Servicevertrag mit H. Hierfür werden den Erwerbern jeweils vorformulierte Kaufverträge vorgelegt, in welchen die jeweilige Wohneinheit, deren Lage, Größe und Preis ergänzt sind. Zudem schließt E mit den Erwerbern eine gesonderte Vereinbarung ab, in der sich die Erwerber zur Übernahme des Servicevertrages mit H für ihre Wohneinheit verpflichten und in deren Vollzug der Servicevertrag auf die Erwerber übertragen wird. Im Anhang zu dieser Vereinbarung befindet sich ein Exemplar des Servicevertrages, in dem ebenfalls die jeweilige Wohneinheit, deren Lage, Größe und Preis ergänzt sind.

Am 2. April 2012 erwirbt auch N eine der 200 Wohnungen in der beschriebenen Weise. Er hat jedoch kein Interesse an den von H für seine Wohneinheit erbrachten Serviceleistungen (Reinigung, Balkonpflege usw.). Daher erklärt er gegenüber H bereits im Mai, er kündige seinen Servicevertrag zum 31. 12. 2012. H ist daran interessiert, die vertraglich vorgesehenen Serviceleistungen für N weiterhin zu erbringen und bietet ihm dies mehrfach an.

Ab Januar 2013 stellt N sämtliche Zahlungen ein. Er begründet dies mit seiner Kündigung sowie damit, er könne nicht an einen so langfristigen Vertrag gebunden sein, schließlich habe er auf den Inhalt des Servicevertrages keinerlei Einfluss gehabt. Er führt inhaltlich zutreffend aus, Kauf- und Servicevertrag kämen mit identischem Inhalt in 200 Fällen zur Anwendung. Die Kaufverträge und die Zusatzvereinbarungen bezüglich der Übernahme des Servicevertrages seien von E vorformuliert gewesen und – abgesehen von der individuellen Bezeichnung der jeweils betroffenen Wohneinheit – jeweils inhaltlich gleichlautend. E habe jegliche Verhandlungen über den Inhalt der Verträge abgelehnt.

H fragt Sie, ob N – zumindest bis zum Ablauf der zehnjährigen Mindestvertragslaufzeit – sein Vertragspartner und zur Zahlung der monatlichen Pauschale verpflichtet ist. Er selbst ist gewillt, seine Pflichten aus dem Servicevertrag gegenüber N zu erfüllen. Er bittet Sie um umfassenden anwaltlichen Rat.

Beantworten Sie die Frage in einem Rechtsgutachten. Gehen Sie davon aus, dass die aktuell gültige Fassung des BGB während des gesamten zu prüfenden Zeitraums gegolten hat. Die Errichtung der WEG ist wirksam. Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) sind nicht zu prüfen.

## LÖSUNG

### Verpflichtung des N zur Zahlung der monatlichen Pauschale ab Januar 2013?

H könnte gegen N einen Anspruch auf Vergütung von Leistungen über den 31. 12. 2012 hinaus aus § 611 Abs. 1 Hs. 2 BGB haben.

Der Anspruch des H müsste wirksam entstanden (dazu I.) und N der richtige Anspruchsgegner sein (dazu II.). Zudem dürfte der Anspruch nicht nachträglich weggefallen sein, etwa aufgrund einer Kündigung des Servicevertrages durch N (dazu III.).

### I. Anspruch entstanden: Zahlungsverpflichtung im Ausgangsvertrag (zwischen H und E) wirksam begründet

Voraussetzung einer Verpflichtung des N zur Zahlung der monatlichen Pauschale ist, dass der Anspruch des H auf diese Zahlung zwischen E und H ursprünglich wirksam begründet wurde<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Wäre der Ausgangsvertrag zwischen E und H nichtig, hätte E keinen Vertrag übernehmen können. Das deutsche Recht kennt grundsätzlich keinen gutgläubigen Erwerb einer Forderung und dementsprechend keinen gutgläubigen Erwerb eines Vertrages bzw. einer vertraglichen Verpflichtung. Bei einer Nichtigkeit des zu übernehmenden Vertrages läuft die Vertragsübernahme ins Leere, vgl. *Klimke*, Die Vertragsübernahme, 2010, S. 168.

## 1. Vertragsschluss

Willens- oder Formmängel beim Abschluss des Vertrages zwischen H und E sind nicht ersichtlich. Der Servicevertrag zwischen H und E ist ein typengemischtes Dauerschuldverhältnis mit Elementen des selbstständigen Dienstvertrages im Sinne der §§ 611ff. BGB<sup>2</sup> und des Werkvertrages (kleinere Reparaturen, Wartungen, Reinigungsarbeiten, etc.). Dominierend, also übergeordnete Vertragskategorie, ist dabei der Dienstvertrag, so dass ein Anspruch des H aus § 611 Abs. 1 Hs. 2 BGB in Betracht kommt<sup>3</sup>.

## 2. Rechtshindernde Einwendungen

Fraglich ist, ob eine rechtshindernde Einwendung gegeben ist. Der Servicevertrag zwischen H und E könnte aufgrund der langen Laufzeitvereinbarung von 10 Jahren schon im Ausgangspunkt wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) nichtig gewesen sein. Hätte schon zwischen H und E kein Vertrag bestanden, konnte N diesen auch nicht übernehmen.

Eine überlange Bindungsdauer kann zur Sittenwidrigkeit führen, wenn dadurch eine Knebelung bewirkt wird<sup>4</sup>. Von einer sittenwidrigen Knebelung wird ausgegangen, wenn der Geschäftspartner seine freie Selbstbestimmung ganz oder im Wesentlichen einbüßt<sup>5</sup>. Fraglich ist, ob dies auf E zutrifft.

Für eine Knebelung des E und damit einen Verstoß des Servicevertrages gegen die guten Sitten könnte sprechen, dass dem E für einen Zeitraum von zehn Jahren die Möglichkeit genommen wurde, sich für die Serviceleistungen einen anderen Vertragspartner zu suchen oder diese Leistungen selbst zu übernehmen. – Allerdings hat die Rechtsprechung auch Verträge mit einer Laufzeit von fünfzehn Jahren und mehr als wirksam angesehen<sup>6</sup>. Gegen eine Sittenwidrigkeit spricht zudem, dass es sich im Verhältnis zwischen H und E um einen frei ausgehandelten Vertrag

zwischen zwei Unternehmern handelte. Gerade bei Immobilientransaktionen rechtfertigen die hohen Investitionssummen, dass die Parteien eine längerfristige Planungssicherheit anstreben. E befand sich bei Vertragsschluss in keinerlei Zwangslage, die H ausgenutzt hätte. H hatte auch kein Verhandlungsübergewicht. Vor dem Geschäft hatte vielmehr E eine stärkere Verhandlungsposition, weil H alleine – ohne die Hilfe von E – die Entwicklung des Projekts nicht hätte durchführen können. Sobald der Vertrag geschlossen und die Transaktion abgewickelt waren, hatte zwar H aufgrund der längerfristigen Bindung des E die bessere Position. Der Servicevertrag gab ihm jedoch keine Möglichkeit, diese relative »Stärke« auszunutzen. Die monatlichen Pauschalen für die Allgemein-Serviceleistungen waren nämlich für die gesamte Vertragslaufzeit vorab festgelegt worden und waren damit für E vorherseh- und kalkulierbar. Für E bestand keine Pflicht, Zusatzdienstleistungen abzurufen. Ihm entstanden keine Nachteile, wenn er diese Zusatzdienstleistungen nicht in Anspruch nahm. Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des E wurde also nicht über Gebühr eingeschränkt.

## 3. Zwischenergebnis

Die Laufzeitvereinbarung von 10 Jahren im Servicevertrag zwischen H und E begründet im Verhältnis zwischen diesen Parteien keinen Verstoß gegen § 138 BGB. Sonstige Gründe für eine Unwirksamkeit des Vertrages zwischen H und E sind nicht ersichtlich. Der Servicevertrag zwischen H und E war somit wirksam<sup>7</sup>.

## II. N der richtige Anspruchsgegner: dingliche Wirksamkeit der Vertragsübernahme durch N

Der Servicevertrag wurde ursprünglich nicht zwischen H und N, sondern zwischen H und E abgeschlossen. Damit H einen Anspruch auf Zahlung der monatlichen Pauschale aus dem Servicevertrag gegen N geltend machen kann, müsste dieser Partei des Servicevertrages geworden sein.

Voraussetzung dafür ist erstens eine dinglich wirksame Vertragsübertragung (dazu 1.). Außerdem müsste

<sup>2</sup> H war nicht der Arbeitnehmer des E (oder später des N), so dass das BGB (nicht das TzBfG) Anwendung findet, vgl. auch § 620 Abs. 3 BGB.

<sup>3</sup> Soweit E die Annahme der Leistungen des H ab dem 1. 1. 2013 verweigert, käme ein Vergütungsanspruch des E gegen H aus §§ 615 S. 1, 293ff. BGB in Betracht.

<sup>4</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, 72. A. 2013, § 138, Rn. 82.

<sup>5</sup> Palandt/Ellenberger, 72. A. 2013, § 138, Rn. 39 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

<sup>6</sup> Vgl. zu Tankstellenbelieferungsverträgen BGH NJW 1998, 156, 159 (Sittenwidrigkeit nur unter Umständen gegeben, wenn keine angemessene Gegenleistung vereinbart wurde); zu Bierbezugsverträgen: grundsätzlich bis 15, äußerstenfalls bis 20 Jahre zulässig; vgl. Nachweise bei Palandt/Ellenberger, 72. A. 2013, § 138, Rn. 82.

<sup>7</sup> Ein abweichendes Ergebnis erscheint hier kaum vertretbar, weil es sich um einen frei verhandelten Vertrag zwischen zwei Unternehmern handelt, bei dem keine strengen Maßstäbe im Hinblick auf eine eventuelle Sittenwidrigkeit anzulegen sind.

der Servicevertrag nach der Übernahme zwischen H und N noch wirksam sein (dazu 2.).

Anders als Abtretung (§§ 398 ff. BGB) und Schuldübernahme (§§ 414 ff. BGB) ist die Übertragung eines Vertrages, bei welcher der Übernehmer in sämtliche sich aus dem Vertrag ergebende Rechte und Pflichten einrückt (Auswechslung einer Partei), im BGB nur für Einzelfälle und nur partiell geregelt (so für den Mietvertrag in §§ 563, 566 Abs. 1 BGB; für den Arbeitsvertrag bei Betriebsübergang in § 613a BGB; für den Reisevertrag in § 651b BGB). Der vorliegende Fall zeigt, dass auch darüber hinaus ein Bedürfnis für eine vertragliche Nachfolge in eine gesamte Rechtsposition mit allen Rechten und Pflichten sowie eventuellen Gestaltungsrechten bestehen kann.

Die zitierten Regelungen des BGB machen deutlich, dass die Vertragsübernahme durchaus mit dem System des BGB vereinbar ist. Auch sind keine zwingenden Rechtsgrundsätze oder Schutzwürdigkeiten ersichtlich, die es nahelegen oder rechtfertigen, der privatautonomen Gestaltungsfreiheit insoweit Grenzen zu setzen und etwa die Übertragung eines gesamten Rechtsverhältnisses auszuschließen. Mit der Formulierung in § 309 Nr. 10 BGB hat der Gesetzgeber sogar explizit zum Ausdruck gebracht, dass das Eintreten eines bisher am Vertrag nicht Beteiligten in die Rechte und Pflichten eines Vertragspartners möglich sein soll.

Rechtsprechung und Literatur erkennen die Vertragsübernahme heute allgemein an<sup>8</sup>. Bei der Vertragsübernahme handelt es sich um ein *einheitliches Rechtsgeschäft*, nicht um eine Kombination von Abtretung und Schuldübernahme<sup>9</sup>.

Wird ein Vertrag vom ausscheidenden Vertragspartner (hier E) auf den neu eintretenden Erwerber (hier N) übertragen, sind drei Aspekte zu unterscheiden<sup>10</sup>:

(1) das *schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft* zwischen Veräußerer (E) und Erwerber (N), d. h. der »Übernahmeverpflichtungsvertrag« (Grundgeschäft)<sup>11</sup>; dieses Geschäft betrifft wegen der Relativität der Schuldverhältnisse allein E und N;

(2) das Erfüllungsgeschäft, die *dingliche Vertragsübertragung* (Verfügung)<sup>12</sup>. Diese dingliche Vertragsübertragung ist denkbar als zweiseitiger Vertrag zwischen dem Austretenden (E) und dem Eintretenden (N) unter Zustimmung des verbleibenden Vertragspartners (hier H), oder als dreiseitiger Vertrag zwischen allen Beteiligten<sup>13</sup> (hier E, H und N)<sup>14</sup>; sie wirkt auch gegenüber Dritten;

(3) der *Servicevertrag* selbst bildet bei alledem das Objekt der Übertragung.

## 1. Dingliche Vertragsübertragung

Die dingliche Vertragsübertragung setzt eine unmittelbare Beteiligung oder Zustimmung des verbleibenden Vertragspartners voraus (dazu a). Außerdem muss der dingliche Vertrag zwischen Alt-Vertragspartner und Eintretendem (verfügender Übernahmevertrag) wirksam sein (dazu b).

<sup>11</sup> Ausführlich jetzt dazu *Klimke* (Fn. 1) S. 363 ff.

<sup>12</sup> Vgl. *Staudinger/Rieble*, 2005, § 414, Rn. 97; *Klimke* (Fn. 1) S. 3, 36.

<sup>13</sup> Vgl. z. B. *BGHZ* 96, 302 (308); *BGH NJW* 2008, 1803 f.; *Wagner*, *JuS* 1997, 690 (692); *Lange*, *ZIP* 1999, 1373, 1374 ff.; *Röthel/Hefßeler*, *WM* 2008, 1001, 1002 ff.

<sup>14</sup> Die Unterscheidung zwischen Grundgeschäft und Erfüllungsgeschäft ist dem Trennungsprinzip geschuldet. Danach sind schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft (Grundgeschäft) und dingliches Erfüllungsgeschäft (Verfügung) rechtlich strikt voneinander zu trennen, vgl. *MüKo-BGB/Geier*, 6. A. 2012, Einl. Sachenrecht, Rn. 15; *Viehweg/Werner*, *Sachenrecht*, § 1, Rn. 10. – Gesondert davon ist zu beurteilen, ob die Wirksamkeit der beiden Geschäfte abhängig oder unabhängig ausgestaltet ist. Dies ist eine Frage der Geltung und Reichweite des Abstraktionsprinzips. Für die Fallbearbeitung ist die gedankliche Differenzierung sehr von Vorteil. – *Klimke* (Fn. 1) S. 79 ff. nimmt demgegenüber diese terminologische Unterscheidung nicht vor. Die Frage, ob die »Vertragsübernahme notwendig abstrakt« ist, wird mit der Frage gleichgesetzt, ob sie daher »immer eines Grundgeschäftes« bedarf (*ebd.*, S. 81). Dies ist fraglich. Auch wenn die Vertragsübernahme (Verfügung) nicht abstrakt, sondern kausal ausgestaltet wäre, wenn also Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft in ihrem rechtlichen Schicksal aneinander gekoppelt wären, könnte der Vertragsübernahme als Verfügung ein Grundgeschäft zugeordnet sein. Es würde dann zwar nicht das Abstraktions-, sehr wohl aber das Trennungsprinzip Anwendung finden. Diese beiden Aspekte sind auseinander zu halten.

<sup>8</sup> *BGHZ* 137, 255; *MüKo-BGB/Roth*, 6. A. 2012, § 398, Rn. 4; *Palandt/Grüneberg*, 72. A. 2013, § 398, Rn. 41; ausführlich nun *Klimke* (Fn. 1) S. 4 ff.

<sup>9</sup> *Palandt/Grüneberg*, 72. A. 2013, § 398, Rn. 42; *MüKo-BGB/Roth*, 6. A. 2012, § 398, Rn. 4. Die Regelungen zur Abtretung sind entsprechend anzuwenden, vgl. nur *BGH NJW* 1973, 882; *MüKo-BGB/Roth*, 6. A. 2012, § 398, Rn. 190.

<sup>10</sup> Im Folgenden hat diese Unterscheidung zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Teil der Vertragsübertragung Auswirkungen auf die Frage, ob und inwieweit sich Mängel auf der schuldrechtlichen Ebene zwischen E und N auf die Wirksamkeit der Übertragung in dinglicher Hinsicht auswirken, vgl. dazu sogleich 1.b). Daher empfiehlt es sich, diesen Aspekt vorab ausdrücklich zu erwähnen. Bearbeiter, die so vorgegangen sind, haben deutlich an Klarheit gewonnen.

### a) Zustimmung des H

Im Fall liegt ein zweiseitiger Übernahmevertrag zwischen Alt-Vertragspartner E und Übernehmer N vor. H hatte seine Zustimmung zur Vertragsübertragung bereits vorab im Servicevertrag erteilt (siehe dessen Ziff. 13). Dies ist zulässig<sup>15</sup>. Eventuell einschlägige Formvorschriften sind laut Sachverhalt beachtet.

### b) Wirksamkeit des dinglichen Übernahmevertrages zwischen E und N

Des Weiteren müsste der verfügende Übernahmevertrag zwischen E und N wirksam sein. Lügen bezüglich der *dinglichen* Vertragsübernahme Mängel vor, könnte sich N als Übernehmer auf diese Mängel auch gegenüber dem verbleibenden Vertragspartner des Servicevertrages (H) berufen<sup>16</sup>.

Der *dingliche* Vertrag zwischen E und N bewirkt das Eintreten des N in die Rechtsstellung des E. Willensmängel auf Seiten des N sind bezüglich dieses Vertrages nicht ersichtlich.

Selbst wenn der dingliche Vertrag mit den Erwerbern, und so auch N, jeweils mit Hilfe eines vorformulierten Formulars geschlossen wurde, scheidet eine AGB-Kontrolle dieser Vereinbarung aus: Vertragsklauseln, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Hauptleistung selbst festlegen (Leistungsbeschreibungen), sind nach ganz hM der Inhaltskontrolle entzogen<sup>17</sup>. Die Abgrenzung von Haupt- und Nebenpflichten richtet sich danach, ob die Vertragsbestimmung das »Ob« der Leistung (Hauptleistung) oder nur die Modalitäten des Leistungsversprechens (das »Wie«) regelt<sup>18</sup>. Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, verändern, ausgestalten oder aushöhlen, sind daher der Inhaltskontrolle zugänglich<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Palandt/*Grüneberg*, 72. A. 2013, § 398, Rn. 42; BGH DtZ 1996, 56, 57.

<sup>16</sup> Palandt/*Grüneberg*, 72. A. 2013, § 398, Rn. 44.

<sup>17</sup> Keine AGB-Kontrolle von Hauptpflichten/Vertragsleistungen, siehe z.B. BGHZ 100, 158 (173); Palandt/*Grüneberg*, 72. A. 2013, § 307, Rn. 44; BGHZ 124, 254; BGH NJW 1999, 2279 (2280); BGH NJW 2000, 3348; BGH NJW, 2010, 1958; MüKo-BGB/*Wurmnest*, 6. A. 2012, § 307, Rn. 12.

<sup>18</sup> BGH NJW 1996, 988; BGH NJW 2003, 1237 (1238); BGH, NJW-RR 2005, 902 (903); vgl. auch Klimke (Fn. 1) S. 186.

<sup>19</sup> BGHZ 100, 158, 173; BGH NJW 2010, 1958; Palandt/*Grüneberg*, 72. A. 2013, § 307, Rn. 47. Ebenso sind z.B. Preisnebenabreden kontrollfähig. Solche Klauseln wirken sich nur mittelbar auf den Preis aus und werden ggfls. durch das dispositive Gesetzesrecht ersetzt, vgl. Palandt/*Grüneberg*, 72. A. 2013, § 307, Rn. 47.

Wäre die Vertragsübernahme als Bestandteil des Kaufvertrags über die Wohnungseinheiten einzuordnen und würde sie damit die kaufvertraglichen Hauptleistungen modifizieren, käme eine AGB-Kontrolle der Übernahme-klausel in Betracht.

Hier wurde die Vereinbarung der Übernahme aber getrennt vom Kaufvertrag getroffen. Dies spricht dafür, sie als eine vom Kaufvertrag getrennte, selbstständige Vereinbarung zu qualifizieren.

Zudem war die Übernahme des Servicevertrages durch N für E von fundamentaler Bedeutung. Er hatte für die Leistungen des H nach Veräußerung der Wohneinheiten keinerlei Verwendung mehr, weil sich die Serviceleistungen gerade auf die verkauften Wohneinheiten bezogen. Der Kaufvertrag auch bezüglich der Wohneinheiten war für E nur von Interesse, wenn gleichzeitig der Servicevertrag übernommen wurde. Aus der Sicht des E stand die Übernahme des Servicevertrages auf einer Ebene mit der Pflicht des N zur Zahlung des Kaufpreises. Die Pflicht zur Übernahme des Servicevertrages modifizierte keine Hauptpflicht des N, sondern schuf eine zweite Hauptpflicht. Dies war für N auch erkennbar. Die Übernahme des Servicevertrages war damit Hauptpflicht eines eigenständigen dinglichen Übernahmevertrages und scheidet daher als Gegenstand einer AGB-Kontrolle aus<sup>20</sup>.

### c) Zwischenergebnis

N hat den Servicevertrag mit H also von E »dinglich wirksam« übernommen. N tritt an die Stelle des E und ist Vertragspartner des H geworden<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Ob die *schuldrechtliche* Übernahmeverpflichtung als das Grundgeschäft für die dingliche Vertragsübernahme zwischen E und N wirksam begründet war und insoweit eine AGB-Kontrolle stattfindet, kann letztlich dahinstehen: Etwaige Mängel im Kausalgeschäft zwischen E und N betreffen allein diese Parteien und wirken sich – wegen der Relativität der Schuldverhältnisse – nicht gegenüber H aus und sie haben – wegen des Abstraktionsprinzips – keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der dinglichen Vertragsübernahme. (Zudem ist die Übernahme wiederum Hauptpflicht dieser Vereinbarung, weshalb eine AGB-Kontrolle auch insoweit ausscheidet.)

<sup>21</sup> Es könnte noch an die Formnichtigkeit nach § 125 S. 1 BGB gedacht werden: Aus § 4 Abs. 3 WEG i.V.m. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB könnte sich die Formbedürftigkeit der Vertragsübernahme ableiten, wenn der Kaufvertrag über die WEG-Einheiten »stehen und fallen« soll mit der Verpflichtung zur Vertragsübernahme. Dies dürfte dann aber nur Auswirkungen auf schuldrechtlicher Ebene haben. Allerdings bedarf die Vertragsübernahme der Form des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts. Hieraus könnte eine Formnichtigkeit des dinglichen Geschäfts abgeleitet werden. Durch die Auflassung würden

## 2. Keine Unwirksamkeit des Vertrages zwischen N und H<sup>22</sup>

Des Weiteren müsste der Vertrag zwischen N und H weiterhin wirksam sein.

Fraglich ist wiederum, ob der Servicevertrag wegen der langen Laufzeit jetzt zwischen N und H wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB unwirksam ist. Für die Frage der Sittenwidrigkeit ist allerdings auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts abzustellen<sup>23</sup>. Maßgeblich ist daher der Zeitpunkt des ursprünglichen Abschlusses des Servicevertrages durch H und E. Ursprünglich war der Vertrag nicht sittenwidrig<sup>24</sup>. N übernimmt den Vertrag so wie er ist, d.h. unter Wahrung seiner Identität. Auch im Verhältnis zwischen N und H liegt daher keine Sittenwidrigkeit vor und ist der Servicevertrag zwischen N und H insoweit wirksam.

## III. Anspruch nicht untergegangen: Kündigung durch N

N könnte von seiner durch die Vertragsübernahme begründeten Zahlungsverpflichtung aber dadurch frei geworden sein, dass er den Servicevertrag gekündigt hat.

Bei dem Servicevertrag handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis. Dieses kann durch eine Kündigung beendet werden. Nachdem N in den Vertrag mit H eingetreten ist, stehen etwaige Gestaltungsrechte aus dem Servicevertrag jetzt N zu<sup>25</sup>.

Der Servicevertrag vom Mai 2009 sieht eine feste Laufzeit von zehn Jahren vor. Fraglich ist, ob N durch seine Erklärung den Vertrag schon zum Ende des Jahres 2012,

also vor Ablauf der ursprünglich vereinbarten Vertragslaufzeit, beenden konnte.

### 1. Ordentliche Kündigung

Der Servicevertrag ist ein typengemischtes Dauerschuldverhältnis mit dienst- und werkvertraglichen Elementen. Dominierend, also übergeordnete Vertragskategorie, ist vorliegend der Dienstvertrag<sup>26</sup>. Es ist daher angemessen, die Laufzeitregelungen und damit die Kündigungsmöglichkeiten bezüglich des Servicevertrages anhand der Vorschriften zu bestimmen, die für den freien Dienstvertrag gelten.<sup>27</sup>

Gemäß § 620 Abs. 2 BGB ist eine ordentliche Kündigung nur möglich bei auf unbestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnissen. Bei einer wirksamen Befristung des Vertrages ist vor Ablauf dieser Frist eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen<sup>28</sup>.

Sofern also die Vereinbarung einer 10-jährigen Laufzeit des Servicevertrages wirksam ist<sup>29</sup>, schließt dies die ordentliche Kündigung dieses Vertrages aus.

### 2. Außerordentliche Kündigung

Die Wirksamkeit der Laufzeitvereinbarung könnte allerdings dahinstehen, wenn N außerordentlich kündigen konnte. Gründe für eine außerordentliche Kündigung (§ 626 Abs. 1 BGB) werden von N nicht vorgebracht und sind nicht ersichtlich. Die lange Vertragslaufzeit und die Tatsache, dass N keinen Einfluss auf den Vertragsinhalt hatte, genügen alleine nicht, damit die Fortsetzung der Vertragsbeziehung für N unzumutbar würde und eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen wäre.

Jedenfalls ist eine außerordentliche Kündigung wegen Zeitablaufs nicht mehr zulässig. § 626 Abs. 2 S. 1 BGB sieht eine Frist von zwei Wochen ab Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Umstände vor (§ 626 Abs. 2 S. 2 BGB). N wusste bereits am 2. April 2012, bei der Abwicklung der Transaktion mit E und der Vertragsübernahme, von dem Servicevertrag und den damit für ihn verbundenen Pflichten. Die Kündigungserklärung sprach er aber

alle Rechtsgeschäfte allerdings gem. § 311b Abs. 1 S. 2 BGB geheilt werden.

<sup>22</sup> Korrekturanmerkung: Es wurde nicht nachteilig gewertet, wenn dieser Aspekt nicht behandelt wurde. – Man könnte auch darauf abstellen, dass nicht der gesamte Vertrag wegen Verstoß gegen § 138 BGB nichtig ist, sondern nur die Laufzeitvereinbarung. Der Aspekt kann dann auch später abgehandelt werden. Es müsste bei dieser Einordnung aber gesondert begründet werden, dass und warum der Vertrag nicht insgesamt unwirksam ist, vgl. § 139 BGB. Vgl. auch Fn. 31.

<sup>23</sup> Palandt/*Ellenberger*, 72. A. 2013, § 138, Rn. 9 m. w. N.

<sup>24</sup> Vgl. schon oben I.2.

<sup>25</sup> Die Zahlungsverpflichtung des E ab Januar 2013 betraf nur Leistungsansprüche des H, die nach der Vertragsübernahme entstanden waren. Damit erübrigt sich die Frage, ob N auch Alt-Ansprüche und -Verpflichtungen übernommen haben könnte (vgl. dazu *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts § 35 III, S. 618).

<sup>26</sup> Vgl. oben, I.1.

<sup>27</sup> Zur rechtlichen Behandlung typengemischter Verträge vgl. instruktiv *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Auflage 2007, § 16, Rn. 19 ff.

<sup>28</sup> Vgl. Palandt/*Weidenkaff*, 72. A. 2013, § 620, Rn. 10.

<sup>29</sup> Dazu sogleich 3.

erst im Mai 2012 aus, das heißt nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist.

### 3. Wirksamkeit der Laufzeitvereinbarung<sup>30</sup>

N könnte also nur ordentlich kündigen, und dies auch nur dann, wenn die Laufzeitvereinbarung im Verhältnis zwischen H und N unwirksam ist (so etwa nach § 309 Nr. 9 BGB).

N wendet gegen die Wirksamkeit der Laufzeitvereinbarung ein, er könne daran nicht gebunden sein, weil er auf den Inhalt des Servicevertrages keinerlei Einfluss gehabt habe. Der Servicevertrag könnte daher an den AGB-Vorschriften (§§ 305ff. BGB)<sup>31</sup> zu messen sein. Insoweit kommen zwei sukzessive Stufen der Kontrolle in Betracht:

Zum einen könnte schon der *ursprüngliche* Servicevertrag zwischen H und E einer AGB-Kontrolle unterlegen

<sup>30</sup> Es geht im Folgenden nicht mehr um die Wirksamkeit des Übernahmevertrages, sondern allein um die Inhaltskontrolle des Servicevertrages. Beides war sorgfältig zu trennen, was einer nicht unerheblichen Zahl von Bearbeitern Schwierigkeiten bereitete.

<sup>31</sup> Denkbar wäre auch, dass die Laufzeitvereinbarung, und nur diese, wegen Verstoß gegen § 138 BGB nichtig war, vgl. etwa BGH NJW 1988, 2362: wird ein Vertrag mit 30jähriger (unwirksamer) Laufzeit nach 20 Jahren von einem Nachfolger übernommen, bleibt die Laufzeitregelung unwirksam; Palandt/*Ellenberger*, 72. A. 2013, § 138, Rn. 81. N müsste sich auf diese Teilunwirksamkeit berufen können. Bei der Vertragsübernahme finden die §§ 404, 417 BGB analoge Anwendung, vgl. Palandt/*Grüneberg*, 72. A. 2013, § 398, Rn. 44. Einschlägig wäre hier § 417 Abs. 1 S. 1 BGB. Danach kann der Übernehmer einer Schuld (hier der in den Vertrag Eintretende N) dem Gläubiger (verbleibender Vertragspartner H) die Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dem Rechtsverhältnis (hier der zu übernehmende Vertrag) zwischen dem Gläubiger und dem Altschuldner (Austretender E) ergeben. Einwendungen sind dabei im weitesten Sinne zu verstehen, so dass davon unter anderem § 138 BGB erfasst wäre, vgl. Palandt/*Grüneberg*, 72. A. 2013, § 417, Rn. 2 i. V. m. § 404, Rn. 2. – Wird § 138 BGB an dieser Stelle in der Fallbearbeitung geprüft, muss zusätzlich festgestellt werden, dass die Nichtigkeit allein die Laufzeitvereinbarung betraf, der Vertrag im Übrigen aber unberührt bleibt. Dies ist bei Verstößen gegen § 138 BGB die Ausnahme, vgl. Palandt/*Ellenberger*, 72. A. 2013, § 138, Rn. 19. Die Gesamtnichtigkeit ist auch nach der gesetzlichen Vermutung in § 139 BGB die Regel. – Bei Verstoß gegen AGB-Recht wäre die Rechtsfolge eine andere: Der Vertrag würde gemäß § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen grundsätzlich wirksam bleiben, auch wenn eine einzelne Klausel wegen Verstoßes gegen die AGB-Vorschriften unwirksam ist. Die Unwirksamkeit des Vertrages insgesamt käme nur in Betracht (vgl. § 306 Abs. 3 BGB), wenn das Festhalten an dem Vertrag im Übrigen für die eine Vertragspartei (hier H) eine »unzumutbare Härte« darstellen würde. Dies ist eine deutlich höhere Hürde als die Vermutung eines anderweitigen Parteiwillens bei § 139 BGB. – Wichtig ist für die Fallbearbeitung nur, dass der Prüfungsaufbau die jeweilige Einordnung widerspiegelt.

haben, worauf sich N nach § 404 analog berufen könnte (dazu a).

Zum anderen ist eine AGB-Kontrolle des Servicevertrages (erstmalig) im Verhältnis zwischen H und N denkbar (dazu b), gegebenenfalls durch analoge Anwendung der AGB-Vorschriften (dazu c und d).

#### a) AGB-Kontrolle im Verhältnis zwischen H und seinem ursprünglichen Vertragspartner E?

Der ursprüngliche Servicevertrag zwischen H und E, beide tätig als Unternehmer, war laut Sachverhalt zwischen H und E individuell ausgehandelt. Er unterlag damit gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 BGB keiner AGB-Kontrolle<sup>32</sup>.

#### b) AGB-Kontrolle im Verhältnis zwischen H und seinem neuen Vertragspartner N<sup>33</sup>

Der Servicevertrag sollte in insgesamt 200 Fällen in identischer Fassung auf die Erwerber der Wohnungen übergehen, ohne dass die Erwerber Einfluss auf die inhaltliche Gestaltung des übernommenen Vertrages hatten. Es ist daher denkbar, dass die §§ 305ff. BGB und insbes. § 309 Nr. 9 BGB auf die Vertragsbeziehung zwischen H und den Übernehmern der Verträge (so insbesondere N) Anwendung finden.

Eine AGB-Kontrolle setzt voraus, dass die Bestimmungen des Vertrages vom Verwender (hier H) dem Vertragspartner (hier dem Übernehmer des Vertrages N) bei Vertragsschluss einseitig gestellt worden sind (dazu aa), dass die Bedingungen gemäß § 305 Abs. 1 S. 1 BGB »für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingun-

<sup>32</sup> Die Laufzeit war zwischen H und E wirksam vereinbart worden, so dass für E eine ordentliche Kündigung ausschied. Das jetzt zu prüfende Gestaltungsrecht der Kündigung kann daher erst in der Person des N und damit nach Vertragsübertragung entstanden sein. Es kommt also hier nicht darauf an, ob und inwiefern der neu eintretende Erwerber (N) Gestaltungsrechte geltend machen kann, die bereits vor der Übernahme entstanden waren.

<sup>33</sup> Dass sich auch dieser Teil der Arbeit um AGB-Probleme dreht, muss von den Bearbeitern erkannt werden. Die Argumentation des N im Sachverhalt weist in diese Richtung und bietet insofern Hilfestellung. Die Bearbeiter müssen das Problem erkennen, dass der H aufgrund der Vertragsübernahme-Konstruktion zu einem Vertrag mit N (und den 199 übrigen Neueigentümern) kommt, den er in dieser Form (und mit dieser Laufzeit) mit den Neueigentümern direkt nur unter Einhaltung der Vorgaben des AGB-Rechtes hätte abschließen können. Schwieriger (letztlich aber wohl nicht entscheidend) ist die konkrete dogmatische Einordnung des Problems.

gen« (dazu bb) und nicht im Einzelnen im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB ausgehandelt waren (dazu cc).<sup>34</sup>

#### aa) Stellen der AGB bei Vertragsschluss durch H?

AGB sind gestellt, wenn eine Partei die Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen in den Vertrag verlangt<sup>35</sup>. Im Hinblick auf das Verhalten des H ist dies hier fraglich.

N wurde Partei des Servicevertrages nicht im Wege des Vertragsschlusses mit H, sondern per Vertragsübernahme von E auf N. Insoweit hat H die AGB nicht bei einem Vertragsschluss zwischen ihm und N gestellt. H hat die Bedingungen auch nicht bei Abschluss des Servicevertrages mit E »gestellt«, da der Vertrag damals zwischen E und H individuell ausgehandelt worden war.

Einer solchen Beurteilung der Verhältnisse könnte jedoch § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB entgegenstehen. Nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB gelten AGB stets als von dem Unternehmer gestellt, zu dessen Gunsten sie wirken, es sei denn, der Verbraucher (hier N) hätte die AGB in den Vertrag eingeführt (was bei N nicht der Fall war). Es handelt sich hierbei um eine Fiktion<sup>36</sup>, so dass unerheblich ist, ob die AGB vom Unternehmer vorgeschlagen worden sind bzw. wie der Vertragsschluss im Detail abgelaufen ist. Vertragsbedingungen gelten selbst dann als von demjenigen Unternehmer gestellt, zu dessen Gunsten sie wirken, wenn sie nicht auf sein Verlangen, sondern z. B. auf Vorschlag eines Dritten (z. B. eines Maklers oder Notars) Vertragsinhalt geworden sind<sup>37</sup>.

H handelt im Rahmen der Übernahme des Dienstvertrages durch N in Ausübung seiner selbstständigen beruflichen Tätigkeit und damit als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB. N übernimmt den Vertrag in seiner Eigenschaft als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB. § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB findet in ihrem Verhältnis zueinander Anwendung. Die Bedingungen des Dienstvertrages sind mithin von H »gestellt«.

<sup>34</sup> Alternativ könnte man eine unmittelbare Anwendung der §§ 305 ff. BGB auch schon an dieser Stelle ablehnen. Die AGB-Kontrolle setzt beim Abschluss eines Vertrages an. Bei einer Vertragsübernahme wird jedoch nur der Übernahmevertrag abgeschlossen, der Inhalt des übernommenen Vertrages (hier: des Servicevertrages mit H) dagegen nicht neu vereinbart, sondern unverändert übernommen. In Betracht käme dann eine analoge Anwendung der §§ 305 ff. BGB. Vgl. dazu noch unten c) und d).

<sup>35</sup> Palandt/*Grüneberg*, 72. A. 2013, § 305, Rn. 10 m. w. N.

<sup>36</sup> MüKo-BGB/*Basedow*, 6. A. 2012, § 310, Rn. 59: auch Vertragsbedingungen, die »von niemandem gestellt« werden, erfüllen den AGB-Begriff, sofern die übrigen Definitionsmerkmale von § 305 BGB erfüllt seien.

<sup>37</sup> Palandt/*Grüneberg*, 72. A. 2013, § 310, Rn. 12.

#### bb) Für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen

Vertragsbedingungen sind vorformuliert, »wenn [sie] zeitlich vor dem Vertragsabschluss fertig formuliert vorliegen, um in künftige Verträge einbezogen zu werden«<sup>38</sup>.

Vorliegend wird ein ursprünglich einheitlicher Servicevertrag über teilbare Leistungen (Serviceleistungen je Wohneinheit auf der einen, Geldzahlung auf der anderen Seite) vom ursprünglich einzigen Vertragspartner des H (dem E) auf eine Vielzahl neuer Vertragspartner (u. a. N) übertragen. Der Vertrag behält gegenüber allen Neuerwerbenden jeweils denselben Inhalt, abgesehen von der Beschreibung des jeweiligen Leistungsobjekts »Wohneinheit«. Derselbe Vertragstext wird somit in einer Vielzahl von Fällen (maximal 200) verwendet.

Dies allein kann aber nicht zu einer AGB-Kontrolle führen. Andernfalls würde jeder Vertrag bei Übertragung zu einem AGB-Vertrag, weil er notwendigerweise vorformuliert ist, um überhaupt übertragen werden zu können. Bei § 305 Abs. 1 S. 1 BGB ist daher darauf abzustellen, ob die Bedingungen bereits vor Abschluss des Vertrages selbst vorformuliert waren, nicht erst im Moment der Vertragsübertragung.

Bei Abschluss des Servicevertrages zwischen H und E lagen jedoch noch keine vorformulierten Vertragsbedingungen vor.

#### cc) Nicht im Einzelnen von den Parteien i. S. d.

##### § 305 Abs. 1 S. 3 BGB ausgehandelte Klauseln

Vergleichbares gilt bezüglich des weiteren Prüfungspunktes, dass die Bedingungen des Servicevertrages zwischen den Parteien nicht im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB ausgehandelt wurden. Bei einer Vertragsübernahme wird der übernommene Vertrag niemals erneut ausgehandelt, sondern stets unverändert übernommen.

#### dd) Zwischenergebnis

Die §§ 305 ff. BGB können im Falle einer Vertragsübertragung nicht unmittelbar auf den übernommenen Vertrag Anwendung finden<sup>39</sup>. Die AGB-Kontrolle setzt vielmehr den »Abschluss eines Vertrags« voraus (§ 305 Abs. 1 S. 1 a. E. BGB). Auf den Fall der Vertragsübernahme sind die §§ 305 ff. BGB nicht unmittelbar anwendbar.

<sup>38</sup> Vgl. MüKo-BGB/*Basedow*, 6. A. 2012, § 305, Rn. 13.

<sup>39</sup> In der Fallbearbeitung war es auch vertretbar, dieses Ergebnis vorwegzunehmen und nach einer knappen Begründung und Erläuterung der soeben erörterten Anomalien die AGB-Vorschriften auf den Servicevertrag entsprechend anzuwenden, vgl. schon oben Fn. 34.

### c) Entsprechende Anwendung der AGB-Vorschriften wegen einer Umgehungssituation

In Betracht kommt jedoch eine entsprechende Anwendung der AGB-Vorschriften. Als gesetzlich geregelter Sonderfall ist dabei zunächst an die entsprechende Anwendung wegen Verstoßes gegen das Umgehungsverbot aus § 306a BGB zu denken.

Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte für einen objektiven Umgehungsstatbestand.<sup>40</sup> H und E hatten zwar eine Übertragungsmöglichkeit schon im Servicevertrag vorgesehen. Die diesbezügliche Ziff. 13 des Servicevertrages ging aber nicht dezidiert davon aus, dass die Übertragung durch E an Privatleute stattfinden sollte. Ebenso denkbar war, dass E die gesamte Anlage an einen anderen »Großinvestor« (Unternehmer) weiterverkaufen würde. Die von H und E gewählte Konstruktion sollte nicht die AGB-Vorschriften umgehen.

Etwas anderes würde gelten, wenn H und E bereits bei Abschluss des Servicevertrages beabsichtigt hätten, dass E die zu errichtenden Wohneinheiten jeweils mit Servicevertrag an Privatleute weiterverkauft<sup>41</sup>. E wäre in einer solchen Situation objektiv nur gleichsam als »Strohmann« zwischengeschaltet gewesen; wirtschaftlich wäre dagegen von vornherein ein Vertragsschluss zwischen H und Verbrauchern gewollt gewesen; über § 306a BGB hätte bezüglich des Vertrages zwischen H und den einzelnen Erwerbern dann eine AGB-Kontrolle stattgefunden.

Da im vorliegenden Fall nicht von vornherein ein Verkauf an Verbraucher geplant war, liegt objektiv keine Umgehungssituation im Sinne von § 306a BGB vor und scheidet eine entsprechende Anwendung der §§ 305 ff. BGB *insoweit* aus.

### d) Entsprechende Anwendung der AGB-Vorschriften im Verhältnis zwischen H und seinem neuen Vertragspartner N

In Frage kommt aber eine *analoge Anwendung* der §§ 305 ff. BGB nach allgemeinen Grundsätzen<sup>42</sup>. Dazu müssten zu-

nächst die allgemeinen Voraussetzungen für eine Analogie vorliegen (dazu aa). Ferner müsste die Interessenlage bei direkter Anwendung des AGB-Rechtes (dazu bb) mit derjenigen des N im konkreten Fall der Vertragsübernahme übereinstimmen (dazu cc).

#### aa) Voraussetzungen für eine Analogie

Eine analoge Anwendung von Gesetzesbestimmungen kommt in Betracht, wenn das Gesetz einen Sachverhalt nicht regelt, der nach dem Regelungsplan der betreffenden Vorschrift eigentlich hätte geregelt werden sollen<sup>43</sup>. Man spricht auch von einer planwidrigen Lücke des Gesetzes.

Bei der Schaffung der AGB-Vorschriften hat der Gesetzgeber nur an den Neuabschluss eines Vertrages gedacht, die Möglichkeit einer Vertragsübernahme hat er nicht geregelt. Von einer Regelungslücke ist somit auszugehen, so dass eine analoge Anwendung der §§ 305 ff. BGB grundsätzlich in Betracht kommt<sup>44</sup>.

#### bb) Wesentliche Grundgedanken des AGB-Rechtes

Die AGB-Vorschriften stellen darauf ab, dass bestimmte Vertragsbestimmungen durch einseitiges Stellen einer Partei in den Vertrag eingeführt wurden<sup>45</sup>.

Zweck der AGB-Kontrolle ist es erstens zu verhindern, dass eine Vertragspartei ihre Vertragsgestaltungsfreiheit einseitig und zu Lasten der anderen Partei ausübt<sup>46</sup>. Zweitens sollen die §§ 305 ff. BGB dem Verbraucherschutz dienen und die Unterlegenheit des Verbrauchers ausgleichen<sup>47</sup>. Das Gesetz stellt so sicher, dass auch die Interessen der anderen Partei im Hinblick auf die inhaltliche Gestaltung des Vertrages berücksichtigt werden.

#### cc) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die Interessenlage im Falle des N, bei Übernahme des von E ausgehandelten Vertrages, mit derjenigen eines Neuabschlusses unter Verwendung von AGB-Recht vergleichbar ist.

Die entsprechende Anwendung der AGB-Vorschriften würde hier dazu führen, dass der ursprüngliche Vertrag wieder »geöffnet« und jetzt ähnlich wie bei einem Neuabschluss einer Inhaltskontrolle unterzogen würde, ob-

<sup>40</sup> Eine subjektive Umgehungsabsicht wäre nicht erforderlich, vgl. Palandt/*Grüneberg*, 72. A. 2013, § 306a, Rn. 2.

<sup>41</sup> Das Umgehungsverbot des § 306a BGB greift, wenn bei gleicher Interessenlage durch eine rechtliche Gestaltung eine vom Gesetz verbote Regelung erreicht werden soll. Es genügt, wenn eine objektive Umgehungssituation gegeben ist. Auf eine Umgehungsabsicht kommt es nicht an, vgl. Palandt/*Grüneberg*, 72. A. 2013, § 306a, Rn. 2.

<sup>42</sup> So allgemein *Klimke* (Fn. 1) S. 188: Bei der Vertragsübernahme käme nur eine analoge Anwendung des AGB-Rechtes in Betracht.

<sup>43</sup> *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 381 ff.

<sup>44</sup> Vgl. ebenso *Klimke* (Fn. 1) S. 189.

<sup>45</sup> *Klimke* (Fn. 1) S. 189.

<sup>46</sup> Palandt/*Grüneberg*, 72. A. 2013, Überbl v § 305, Rn. 8.

<sup>47</sup> Palandt/*Grüneberg*, 72. A. 2013, Überbl v § 305, Rn. 9.

wohl bei Abschluss des Vertrages eine AGB-Kontrolle aus verschiedenen Gründen ausschied<sup>48</sup>.

Gegen eine solche nachträgliche AGB-Kontrolle könnte der Charakter der Vertragsübernahme sprechen: Bei ihr geht das Schuldverhältnis unter Wahrung seiner Identität auf den Übernehmenden über<sup>49</sup>. Der Eintretende dürfe daher bei einem solchen Sukzessionsgeschäft nicht mit dem Schutz seiner speziellen Interessen rechnen<sup>50</sup>. Etwaige Schutzlücken seien notwendige Folge dieser Identitätswahrung. Auch sei der Wechsel des Vertragspartners nur so sinnvoll vom Abschluss eines neuen Vertrages abzugrenzen<sup>51</sup>.

Gegen eine AGB-Kontrolle zum Schutz des N könnte ferner sprechen, dass der E beim Abschluss des Servicevertrages die Konditionen des Vertrages im Einzelnen bereits individuell aushandeln konnte. Er vertrat dabei seine Interessen als Empfänger der Dienstleistungen, Interessen die denjenigen des N nach Vertragsübertragung entsprechen, der jetzt Empfänger der Dienstleistungen ist. E war gegenüber H nicht in einer schwächeren Verhandlungsposition. Vielmehr war H auf E angewiesen, um das Projekt zu realisieren. E hatte damit nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch erheblichen eigenen Gestaltungsspielraum bei den Vertragsverhandlungen mit H. Die lange Vertragslaufzeit hat sich E sicherlich durch Vorteile an anderer Stelle der Vertragskonstruktion abkaufen lassen, etwa durch einen günstigeren Kaufpreis oder günstige Konditionen für die von H aufgrund des Servicevertrages zu erbringenden Einzelleistungen. Durch die Vertragsübertragung auf N hat sich die Vertragsökonomie des Servicevertrages nicht verändert. Eine Asymmetrie hinsichtlich der Gestaltungsmacht bestand bei Abschluss des Servicevertrages zwischen H und E nicht<sup>52</sup>. Dies könnte dagegen sprechen, nach der Vertragsübertragung auf N die AGB-Vorschriften auf den Vertrag zwischen H und N entsprechend anzuwenden.

Im vorliegenden Fall spricht gegen die AGB-Kontrolle zudem, dass der Servicevertrag aus Sicht des H Teil der Gegenleistung für den Verkauf des Terrains war, er den H durch die lange Laufzeit wirtschaftlich sichern und ihm insoweit eine entsprechende Planungssicherheit verschaf-

fen sollte. Diese Interessen würden durch eine nachträgliche AGB-Kontrolle u. U. zunichte gemacht.

Für eine nachträgliche AGB-Kontrolle im Verhältnis zwischen H und N spricht jedoch:

E und H haben von Anfang an einen späteren Verkauf der Wohnungen ins Auge gefasst. H musste daher damit rechnen, dass Verbraucher Wohnungen erwerben würden und im Rahmen der Vertragsübernahme Verbraucherschutzvorschriften eingreifen. Insoweit war er von Anfang an gehalten, seine eigenen Erwartungen an den langfristigen Bestand des Servicevertrags zu relativieren.

Zwar hatte der Unternehmer E bei seinen Verhandlungen mit H über den Inhalt des Servicevertrages eine ebenbürtige Verhandlungsposition. Das Ergebnis der Verhandlungen entsprach damit den Bedürfnissen des Unternehmers E; diese müssen aber keineswegs mit denjenigen des Verbrauchers N identisch sein.

Entscheidend für die analoge Anwendung der §§ 305 ff. BGB ist die Schutzbedürftigkeit des übernehmenden Verbrauchers<sup>53</sup>. Dessen Bedarf nach Schutz vor ihm nachteiligen Vertragsklauseln ist bei einer Vertragsübernahme ebenso groß wie bei einem Neuabschluss des Vertrages<sup>54</sup>: Hätten H und N den Servicevertrag direkt miteinander geschlossen, wäre ohne Weiteres eine AGB-Kontrolle eröffnet. Diese Kontrolle soll den Verbraucher wegen seiner »rollenspezifischen Unterlegenheit« vor bestimmten Klauselinhalten schützen<sup>55</sup>. Insoweit ist die Situation bei Vertragsschluss und bei Vertragsübernahme vergleichbar. N selbst hatte hinsichtlich der Gestaltung des Servicevertrages keinen Spielraum. Inhaltlich war der Vertrag vorgegeben und N war gezwungen, ihn zu den vorgezeichneten Konditionen zu übernehmen. Das wirtschaftliche Ergebnis einer Vertragsübernahme ist vergleichbar mit dem Neuabschluss des Vertrags. Dasselbe gilt dann für die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers gegenüber ihm benachteiligenden Vertragsklauseln in AGB. Ob er in den Vertrag im Wege des Vertragsschlusses eintritt oder per Vertragsübernahme, spielt im Hinblick auf seine Schutzwürdigkeit keine Rolle.

#### 4. Zwischenergebnis

Im Fall der Vertragsübernahme besteht mithin hinsichtlich der AGB-Kontrolle eine Gesetzeslücke. Die Interessenlage bei direkter Anwendung des AGB-Rechtes ist mit derjeni-

48 *Klimke* geht bei einer entsprechenden Anwendung der AGB-Vorschriften von einer Teilnichtigkeit der Übernahmevereinbarung aus, »soweit sie auf die Fortgeltung einer Klausel gerichtet ist, die bei einem Neuabschluss nicht wirksam vereinbart werden könnte«, (Fn. 1) S. 195, 205.

49 *Röthel/Hesseler*, WM 2008, 1001 (1008).

50 *Staudinger/Rieble*, § 414, Rn. 97, 119 f., 133.

51 BAG NJW 1973, 822 (823).

52 Vgl. zu diesem Argument *Klimke* (Fn. 1) S. 200 f.

53 *Bamberger/Roth/Rohe*, 3. A. 2012, § 415, Rn. 28.

54 *Klimke* (Fn. 1) S. 201 f.

55 *Palandt/Grüneberg*, 72. A. 2013, Überbl v § 305, Rn. 9.

gen im Fall der Vertragsübernahme vergleichbar. Die AGB-Kontrolle findet nicht nur bei Vertragsschluss, sondern analog auch bei Vertragsübernahme Anwendung<sup>56</sup>.

## 5. AGB-Kontrolle des Servicevertrages

### a) Inhaltskontrolle: Anwendung des § 309 Nr. 9 BGB

Bei einer AGB-Inhaltskontrolle in Verbraucherverträgen ist zunächst von den Klauselverboten ohne Wertungsmöglichkeit auszugehen (§ 309 BGB), gefolgt von den Klauselverboten mit Wertungsmöglichkeit (§ 308 BGB). Erst danach ist das allgemeine Verbot der unangemessenen Benachteiligung aus § 307 Abs. 1 BGB zu prüfen.

Die Laufzeitvereinbarung im Servicevertrag zwischen H und N könnte gegen § 309 Nr. 9 BGB verstoßen.

§ 309 Nr. 9 BGB findet u. a. auf Vertragsverhältnisse Anwendung, die eine regelmäßige »Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand« haben. Wie bereits festgestellt, stellt der Servicevertrag zwischen H und N einen typengemischten Vertrag dar, der Elemente des Dienstvertrages und des Werkvertrages vereint, mithin auf die regelmäßige Erbringung von Werk- und Dienstleistungen gerichtet ist. Diese Leistungen sollen vom Verwender der Vertragsbedingungen, dem H, erbracht werden. § 309 Nr. 9 BGB ist daher einschlägig.

Der Wortlaut des § 309 Nr. 9 BGB ist in allen Varianten (Ziff. a. bis c.) erfüllt:

Ziff. 9a) verbietet die Vereinbarung in AGB von Vertragslaufzeiten von Dauerschuldverhältnissen von mehr als zwei Jahren. Der Servicevertrag zwischen H und N sieht dagegen eine feste Laufzeit von 10 Jahren vor.

Ziff. 9b) verbietet eine stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr. Der Servicevertrag sieht eine Verlängerung der Laufzeit um jeweils zwei Jahre vor.

Ziff. 9c) schließlich verbietet, in AGB zu Lasten der anderen Partei eine längere Kündigungsfrist als drei Monate vor Ablauf der Vertragsdauer vorzusehen. Der Vertrag zwischen H und N sieht dagegen eine Kündigungsfrist von sechs Monaten zum jeweiligen Laufzeitende vor.

Damit verstoßen alle drei Bestandteile der Laufzeitvereinbarung des Servicevertrages gegen § 309 Nr. 9 BGB. Die Befristung der Vertragsdauer ist insgesamt unwirksam<sup>57</sup>.

### b) Rechtsfolge

Eine unwirksame Vertragsbestimmung, hier die Laufzeitvereinbarung, wird gemäß § 306 Abs. 2 BGB durch die gesetzliche Regelung ersetzt. Dauerschuldverhältnisse können ordentlich gekündigt werden.

Die Geltung des Servicevertrages ohne wirksame Befristung stellt für H keine unzumutbare Härte dar. Daher bleibt die Wirksamkeit des Servicevertrages im Übrigen gemäß § 306 Abs. 3 BGB von der Unwirksamkeit der Laufzeitvereinbarung unberührt.

## 6. Kündigung durch N

Bereits oben wurde im Hinblick auf die Kündigungsmöglichkeiten für den Servicevertrag auf die Vorschriften zum Dienstvertrag abgestellt<sup>58</sup>, da die dienstvertraglichen Elemente den Servicevertrag prägen. Für Kündigungsmöglichkeiten des N ist damit auf die §§ 620 Abs. 2, 621 BGB abzustellen<sup>59</sup>.

Ist die Vergütung nach Monaten bemessen, kann der Vertrag gemäß § 621 Nr. 3 BGB spätestens zum 15. eines Monats zum Schluss des Kalendermonats gekündigt werden. Hier ist die Vergütung zwar nicht direkt nach Monaten bemessen. Allerdings führen die Vereinbarung einer monatlichen Pauschale und die monatliche Abrechnung zu einem vergleichbaren Ergebnis. Die Kündigungsfrist des N ist daher entsprechend § 621 Nr. 3 BGB zu bestimmen. Danach ist eine Kündigung bis zum 15. zum Abschluss eines Kalendermonats möglich.

N hat dem H mehr als sechs Monate vor dem beabsichtigten Ende des Vertrages gekündigt und sogar die im Servicevertrag für die Kündigung zum Ende der Mindestvertragslaufzeit vorgesehene Frist (6 Monate) eingehalten. Der Vertrag ist daher wirksam zum 31. 12. 2012 gekündigt.

## IV. Ergebnis

Die Laufzeitvereinbarung ist wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 9 BGB unwirksam. N konnte ordentlich kündigen. Die Kündigung des N war fristgerecht und wirksam. H hat gegen N keinen Anspruch auf Zahlung der monatlichen Pauschale über den Dezember 2012 hinaus.

<sup>56</sup> Ein abweichendes Ergebnis ist bei entsprechender Begründung ebenfalls gut vertretbar.

<sup>57</sup> Vgl. zu dieser Rechtsfolge Palandt/*Grüneberg*, 72. A. 2013, § 309, Rn. 95.

<sup>58</sup> Vgl. oben III.1.

<sup>59</sup> Vgl. Palandt/*Grüneberg*, 72. A. 2013, § 309, Rn. 95.

**Hinweis:** Der Fall wurde in der *Übung im deutschen Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene*, die an der Universität Genf seit jeher angeboten wird (vgl. [www.unige.ch/droit/bgb](http://www.unige.ch/droit/bgb)), als Ferienhausarbeit gestellt. Niveau: anspruchsvoll. Die Autoren sind erreichbar unter [thomas.kadner@unige.ch](mailto:thomas.kadner@unige.ch) und [jlandbrecht@lalive.ch](mailto:jlandbrecht@lalive.ch). Siehe für weitere Genfer Klausuren zum BGB: *Kadner Graziano/Wiegand*, Kaufrechtliche und deliktische Haftung für »Weiterfresserschäden«, *JURA* 2013, 510–526; *Kadner Graziano/Matz*, Verbraucherschutz bei verbundenen Geschäften – Zum Rückforderungsdurchgriff des Immobilienerwerbers gegen die finanzierende Bank, *JURA* Examensklausurenkurs, 4. Aufl., Berlin: De Gruyter, 2011, S. 1ff.; *Kadner Graziano/Brieskorn*, Die nächste Euro kommt bereits! – Privatrechtliche Mittel zur Vermeidung von Schäden bei Grossveranstaltungen«, *JURA*

2008, 457–463 (Schuldrecht); *Kadner Graziano/Schmidt*, Die isolierte Sicherungsgrundschuld – Grundschuld und Gesamtschuldnerausgleich im Vierpersonenverhältnis, *JURA* 2007, 211–218. Bei einem Auslandsstudium an der Universität Genf können Studierende neben dem großen Schein im BGB seit dem Jahr 2000 ein *Zertifikat im transnationalen Recht (Certificat de Droit Transnational, CDT)* erwerben, [www.unige.ch/droit/transnational](http://www.unige.ch/droit/transnational). Es ermöglicht den Erwerb einer Zusatzqualifikation in transnationalen Rechtsmaterien vor dem Ersten Staatsexamen. Ab Herbst 2014 wird das Programm *auch in englischer Sprache* angeboten, [www.unige.ch/droit/transnational-law](http://www.unige.ch/droit/transnational-law). – Für Erfahrungsberichte siehe *Diehn/Petersen*, *JURA* 2001, 634; *Sandra Müller*, *JuS* 2002, Heft 12, S. XIV; *Barbara Knecht*, *JA* 2003, S. V.