

# Das Transparenzgebot bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Mietverträgen

Prof. Dr. Martin Häublein  
Universität Innsbruck

## I. Einführung: Entwicklung, Bedeutung und Reichweite des Transparenzgebots

Mit dem Begriff „Transparenzgebot“ verbindet man heute meist § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Danach kann sich eine zur Unwirksamkeit einer Vertragsbestimmung führende unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Diese Norm wurde erst durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (SMG) mit Wirkung zum 1.1.2002 geschaffen. Das SMG bedeutet indes keineswegs die Geburtsstunde des Transparenzgebots, sondern dieses existierte bereits unter der Geltung des AGBG, das rund ein Viertel Jahrhundert ohne eine entsprechende Vorschrift auskam.<sup>1</sup>

Bereits im Jahr 1988 verwarf der BGH<sup>2</sup> unter ausdrücklichem Hinweis auf das „Transparenzgebot“ eine Klausel über die Zinsberechnung in Hypothekendarlehensverträgen. Nach Ansicht des BGH verpflichten Treu und Glauben, an die § 9 AGBG aF ebenso anknüpfte wie heute § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, den Verwender von AGB, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen.<sup>3</sup> Die Ansätze dieser Judikaturlinie reichen sogar noch weiter zurück, wobei sich der BGH neben § 9 AGBG aF auch auf § 3 AGBG aF bezog, der – wie heute § 305c Abs. 1 BGB – überraschende Klauseln nicht Vertragsbestandteil werden ließ.<sup>4</sup> Eine intransparente Vertragsgestaltung kann also bereits auf der der Inhaltskontrolle vorgelagerten Stufe der Einbeziehungskontrolle scheitern (s. dazu III.1.).

Anlass für den Gesetzgeber, das Transparenzgebot trotz seiner festen Verankerung in der höchstrichterlichen Judikatur explizit in das Gesetz aufzunehmen, bot letztlich die Klauselrichtlinie von 1993.<sup>5</sup> Obwohl man zunächst meinte, die zum AGBG aF ergangene Judikatur genüge dem europarechtlichen Umsetzungserfordernis,<sup>6</sup> bestanden doch stets Zweifel an dieser Sichtweise,<sup>7</sup> die der EuGH<sup>8</sup> 2001 massiv verstärkte. Deswegen nahm der Gesetzgeber im Rahmen des SMG eine ausdrückliche, klarstellende Regelung in das Gesetz auf, die der „ganz eigenständigen Prüfungskategorie“ Rechnung tragen soll, ohne etwas an der Rechtsprechung

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu *Heinrichs*, NZM 2003, 6 (10) sowie zum alten Recht *dens.*, FS Trinkner (1995), 157.

<sup>2</sup> BGH, Urt. vom 24. November 1988 – III ZR 188/87, BGHZ 106, 42 (49); der Begriff wird in der Entscheidung noch etwas distanzierend in Anführungszeichen gesetzt. Ähnlich BGH, Urt. vom 22. Januar 1986 – VIII ZR 318/84, BGHZ 97, 65 (74) zum Begriff „Transparenz“. In BGH, Urt. vom 17. Januar 1989 – XI ZR 54/88, BGHZ 106, 259 spricht das Gericht dann bereits ohne Anführung vom Transparenzgebot.

<sup>3</sup> S. die vorzitierten Urteile.

<sup>4</sup> BGH, Urt. vom 29. September 1983 – VII ZR 225/82, NJW 1984, 171, 172. S. auch BGH, Urt. vom 11. März 1987 – VIII ZR 203/86, NJW 1987, 1886, wo ein Verstoß gegen § 9 AGBG aF angenommen wurde, weil die Klausel nicht in „ausreichendem Maße den Anforderungen an die Transparenz formularmäßiger Bestimmungen“ gerecht wurde. *Köndgen* gelangt in NJW 1989, 943 (946) zu der Einschätzung, das Transparenzgebot habe in der Rechtsprechung des BGH seit Anfang der 1980er Jahre seinen festen Platz.

<sup>5</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

<sup>6</sup> S. hierzu die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des AGB-Gesetzes vom 29. Oktober 1995, BT-Drucks. 13/2713, S. 6 li. Sp.

<sup>7</sup> Ausf. *Staudinger*, WM 1999, 1546 (1549 ff.).

<sup>8</sup> EuGH, Urt. vom 10. Mai 2001 – C-144/99, NJW 2001, 2244 (Kommission/Niederlande).

zum Transparenzgebot ändern zu wollen. Außerdem wurde in § 307 Abs. 3 S. 2 BGB vor dem Hintergrund des Art. 4 Abs. 2 KlauselRiL explizit die Transparenzkontrolle für Vertragsbestimmungen vorgesehen, die – wie etwa Vereinbarungen über den Preis oder die Hauptleistung – nicht von einer gesetzlichen Regelung abweichen oder diese ergänzen.<sup>9</sup> Trotz dieser Anpassungen bestehen nach wie vor Zweifel an der richtlinienkonformen Transformation des Gebots in das deutsche Recht, auf die noch zurückzukommen sein wird (s. dazu IV.).

Die Bedeutung des Transparenzgebotes für die Praxis ist mit der positiv-rechtlichen Verankerung weiter gewachsen.<sup>10</sup> Es galt bereits vorher als tragendes Prinzip des die Verwendung von AGB regulierenden Rechts und hat überragende Bedeutung. Dabei scheint es einem unmittelbar eingängigen Gebot der Fairness zu entsprechen, denjenigen, der für die Formulierung der Vertragsbestimmungen verantwortlich ist, dazu anzuhalten, diese so abzufassen, dass sich der andere bei Vertragsschluss hinreichend über die rechtliche Tragweite der Vertragsbedingungen klar werden kann.<sup>11</sup> Deswegen greifen auch Richter gerne auf diesen Topos zurück, um die Unwirksamkeit einer Klausel zu begründen. Rechtsanwälte, die auf dem Gebiet des Verbraucher- und/oder Mieterschutzes tätig sind, sind sicherlich gut beraten, einen Textbaustein zu entwerfen, um eine entsprechende Standardrüge zu untermauern. Angesichts der vielfältigen Ausprägungen des Transparenzgebots ist es für denjenigen, der durch eine Klausel belastet wird, oft erfolgversprechend, deren Unklarheit zu rügen oder dem Verwender vorzuwerfen, er habe die nachteiligen Folgen nicht hinreichend kommuniziert (dazu sogleich sub II.1.).

Aber das ist nur die eine Seite der Medaille.<sup>12</sup> Bei der Anwendung des Transparenzgebotes und damit insbesondere bei der Auslegung des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB muss man auch berücksichtigen, dass das Postulat klarer und verständlicher Regelungen den Verwender nicht überfordern darf. Zu Recht erkennt der BGH eine Zumutbarkeitsgrenze an (näher dazu sub II.1.a.). Dadurch wird nicht nur der Verwender vor unverhältnismäßigen Rechtsfolgen geschützt, sondern es werden auch ausufernde, auf jeden Ausnahmefall eingehende Klauseln vermieden, die ihrerseits die Transparenz gefährden (Schilderwaldeffekt).<sup>13</sup> Außerdem darf die Auslegung des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB der Unklarheitenregel (§ 305c Abs. 2 BGB) nicht jedweden Anwendungsbereich nehmen, was im Klartext bedeutet: Nicht jede Unklarheit darf zur Unwirksamkeit der Vertragsbestimmung führen. Damit ist ein Rahmen für die folgenden Überlegungen abgesteckt, die mit einem Überblick über die Judikatur beginnen sollen.

## II. Das Transparenzgebot in der Rechtsprechung

Bevor die speziell zu mietrechtlichen Sachverhalten ergangene Rechtsprechung zum Transparenzgebot anhand einiger Beispiele dargestellt wird, sind allgemein typische Kategorien der Intransparenz, mithin also deren Fallgruppen vorzustellen. Sie haben sich in Rechtsprechung

---

<sup>9</sup> S. zu diesen Intentionen des Gesetzgebers die Begründung des Gesetzesentwurfes zum SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 153 f. Zur (gleichen) Rechtslage unter dem AGBG s. *Heinrichs*, NZM 2003, 6 (10 f.).

<sup>10</sup> Ebenso *Schumacher*, NZM 2003, 13. Das dürfte auch *Joachim*, NZM 2003, 387 (391) meinen, wenn er davon spricht, die „erste Rechtsprechung“ lasse Ungemach ahnen. Die Judikatur reicht, wie gesagt, weit zurück.

<sup>11</sup> BGH, Urt. vom 17. Januar 1989 – XI ZR 54/88, BGHZ 106, 259 (264); diesen Aspekt hebt auch der EuGH hervor, s. EuGH, Urt. vom 21. März 2013 – C-92/11, NJW 2013, 2253 Rz. 44 (RWE Vertrieb); Urt. vom 30. April 2014 – C-26/13, NJW 2014, 2335 Rz. 70 (Kásler und Káslerné Rábai).

<sup>12</sup> Das übergeht etwa *Schumacher*, NZM 2003, 13 (16) bei seiner These 7.

<sup>13</sup> S. dazu bereits BGH, Urt. vom 21. Juli 1990 - VII ZR 308/89, BGHZ 111, 388 Rz. 20 bei juris.

und Lehre herauskristallisiert und dienen der Konkretisierung des Tatbestandes. In dessen Mittelpunkt stehen die Begriffe „nicht klar und verständlich“.<sup>14</sup> Vorauszuschicken ist, dass die Kategorien terminologisch nicht einheitlich gebildet werden und es Überlagerungen zwischen ihnen gibt, die eine trennscharfe Abgrenzung verhindern.

## 1. Ausprägungen des Gebots

### a) Durchschaubarkeit

Das Gebot klarer und durchschaubarer Darstellung bezieht sich zum einen auf die äußere Gestaltung der Vertragsbestimmungen. Es betrifft etwa die Lesbarkeit des Textes (Schriftgröße, grafische Gestaltung usw.).<sup>15</sup> Gleichsam als extreme Unlesbarkeit erscheint die Vorenthaltung der AGB. Diese Ausprägung des Transparenzgedankens findet in § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB Niederschlag.<sup>16</sup> Danach muss der Verwender dem Vertragspartner die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen, wobei eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung des anderen angemessen zu berücksichtigen ist. Zur äußeren Gestaltung gehört außerdem ein stringenter systematischer Aufbau der AGB. Gegen dieses Gebot verstößt, wer inhaltlich zusammenhängende Regelungen willkürlich aufspaltet und verteilt oder sie an Stellen unterbringt, an denen mit ihnen nicht zu rechnen ist (s. auch § 305c Abs. 1 BGB). Hier sind die Grenzen zum Täuschungsverbot fließend.

Eine klare und verständliche Darstellung erfordert darüber hinaus eine inhaltliche Gestaltung, die die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen der Vertragsbestimmung erkennen lässt.<sup>17</sup> Der Vertragspartner muss seine Rechte und Pflichten ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach feststellen können.<sup>18</sup> Allerdings gilt dies nur, „soweit es nach den Umständen gefordert werden kann.“<sup>19</sup> Durch diese äußerst wichtige Einschränkung wird eine allgemeine Grenze des Transparenzgebotes umgesetzt; denn der Verwender ist zur Transparenz stets nur im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren verpflichtet.<sup>20</sup> Keinesfalls schuldet er umfassende Rechtsberatung, weil es grundsätzlich Sache jeder Partei ist, sich über die Rechtslage zu informieren (dazu auch II.2. aE).<sup>21</sup> Wirkt der Verwender aber durch AGB auf die Rechtslage ein, muss er die (wirtschaftlichen und rechtlichen) Folgen durchschaubar offenlegen.

### b) Bestimmtheit

Dem Bestimmtheitsgebot (synonym: Konkretisierungsgebot) zufolge muss der Verwender von AGB tatbestandliche Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschreiben, dass keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume für ihn entstehen. Der VIII. Zivilsenat hat die-

<sup>14</sup> Dazu, dass der Tatbestand des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB damit nicht umfassend festgelegt ist, s.u. III.2.b.

<sup>15</sup> *Kreienbaum*, Transparenz und AGB-Gesetz (1998), S. 26.

<sup>16</sup> Zu Unrecht gegen eine Mehrgleisigkeit der Transparenzkontrolle *Schumacher*, NZM 2003, 13 (15).

<sup>17</sup> BGH, Urt. vom 21. Juli 2010 – XII ZR 189/08, NJW 2010, 3152 Rz. 29 mwN.

<sup>18</sup> BGH, Urt. vom 5. März 2008 – VIII ZR 95/07, NJW 2008, 1438 Rz. 17; Urt. vom 26. September 2007 - VIII ZR 143/06, NJW 2007, 3632 Rz. 31.

<sup>19</sup> BGH, Urt. vom 21. Juli 2010 – XII ZR 189/08, NJW 2010, 3152 Rz. 29 mwN.

<sup>20</sup> BGH, Urt. vom 6. Oktober 2004 – VIII ZR 215/03, ZMR 2005, 518; Urt. vom 20. Juli 2005 – VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11 (16); Urt. vom 18. März 2015 – VIII ZR 285/12, BGHZ 204, 316 Rz. 29.

<sup>21</sup> *Lindner-Figura*, in: ders./Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 3. Aufl. 2012, Kap 7 Rz. 133. Zu Recht weist NK-BGB/*Kollmann*, 2. Aufl. 2012, § 307 Rz. 17 darauf hin, dass das nicht stets beachtet wird.

sen Aspekt des Transparenzgebots bereits mehrfach hervorgehoben.<sup>22</sup> Er schlägt sich auch in den „kleinen Transparenzgebots“ der Nrn. 1, 2 und 3 des § 308 BGB nieder.<sup>23</sup> Besondere Bedeutung erlangt das Bestimmtheitsgebot bei einseitigen Leistungsbestimmungsrechten, z.B. bei Preisanpassungsklauseln.<sup>24</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint die Ansicht, der Verwender dürfe unbestimmte Rechtsbegriffe aus dem Gesetz grundsätzlich übernehmen, zu undifferenziert.<sup>25</sup> Zwar ist die Übernahme nicht ausgeschlossen, weil es dem Verwender in vielen Situationen nicht möglich ist, auf solche Begriffe zu verzichten, ohne seine berechtigten Belange, die hinter der Vertragsbestimmung stehen, (teilweise) preiszugeben.<sup>26</sup> Die bloße Existenz eines unbestimmten Begriffs im Gesetz, wie z.B. der der Unzumutbarkeit in § 308 Nr. 4 BGB, bedeutet allerdings keineswegs, dass der Verwender ihn bei der Klauselgestaltung ohne Konkretisierung übernehmen darf.<sup>27</sup> Der abstrakt-generelle Charakter des Gesetzes erfordert Abstriche bei der Bestimmtheit in einem Ausmaß, die über die Vertragsgestaltung hinausgehen; denn auch wenn AGB nicht für einen konkreten Vertrag abgefasst sind, geht es doch um einen konkreten Vertragstyp. Das erlaubt grundsätzlich ein höheres Maß an Bestimmtheit, als etwa im Allgemeinen Schuldrecht des BGB möglich ist. Abgesehen davon ist aber der Ansicht<sup>28</sup> tendenziell zuzustimmen, die die Transparenzanforderungen dort absenkt, wo auch das Gesetz vage bleibt.

Um die Grenze des Zulässigen abstrakt zu präzisieren, werden im Schrifttum die Überschaubarkeit des Regelungsgegenstandes und die Vorhersehbarkeit künftiger Ereignisse und Umstände als Abwägungsparameter genannt. Je weniger der Verwender die möglichen Fallgestaltungen überschauen und vorhersehen könne, desto eher müsse man ihm generalklauselartige Bestimmungen gestatten.<sup>29</sup> Indes ist es gerade in diesen Fällen auch für den Mieter schwierig, sich die Fälle genauer vorzustellen, in denen die Klausel ihn belastet. Überschaubarkeit und Vorhersehbarkeit möglicher Anwendungsfälle einer Vertragsbestimmung, die selbstverständlich Einfluss auf deren Konkretisierbarkeit haben, sind daher nur ein relevanter Aspekt. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, in welchem Ausmaß durch die Konkretisierung legitime Belange des Verwenders gefährdet werden und welches Interesse der Vertragspartner an der Konkretisierung hat. Dieses Konkretisierungsinteresse des Mieters ist m.E. beispielsweise bei Vorbehalten in Schönheitsreparaturfristenplänen gering, weshalb sich die Rechtsprechung zu Recht mit der Wendung „im Allgemeinen“ begnügt und nicht fordert, dass dem Mieter die zulässigen Ausnahmen noch weiter verdeutlicht werden.<sup>30</sup> Zum einen ist der geregelte Sachverhalt nicht komplex und zum anderen liegt der Einwand fehlenden Renovierungsbedarfs des

---

<sup>22</sup> S. dazu z.B. BGH, Urt. vom 3. März 2004 - VIII ZR 149/03, NJW 2004, 1738; Urt. vom 20. Juli 2005 – VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11 Rz. 9 bei juris.

<sup>23</sup> Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 307 Rz. 258, der ferner § 309 Nr. 10 Buchst. a BGB als Ausprägung dieses Gedankens nennt.

<sup>24</sup> Vgl. etwa BGH, Urt. vom 17. Dezember 2008 - VIII ZR 274/06, BGHZ 179, 186.

<sup>25</sup> Zu pauschal Lindner-Figura, in: ders./Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl. 2012, Kap 7 Rz. 133.

<sup>26</sup> Zum unzumutbaren Unvollständigkeitsrisiko BGH, Urt. vom 20. Juli 2005 – VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11 (17).

<sup>27</sup> Statt vieler Brandner, FS Locher (1990), 317 (320).

<sup>28</sup> Vertreten etwa von Peter Bydlinski, JBl 2011, 141 (145).

<sup>29</sup> Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 307 Rz. 260.

<sup>30</sup> BGH, Urt. vom 28. April 2004 – VIII ZR 230/03, NJW 2004, 2087: Soweit durch den Ausdruck „im Allgemeinen“ ein Auslegungsspielraum bleibt, ist dies mit Rücksicht auf die von den Lebensgewohnheiten eines Mieters abhängige Abnutzung und die Schwierigkeiten einer genaueren Formulierung sachgerecht und hinnehmbar. Zur Formulierung „üblicherweise“: BGH, Urt. vom 22. Oktober 2008 – VIII ZR 283/07, NJW 2009, 62.

Mieters nahe, wenn die Wohnung tatsächlich nicht renovierungsbedürftig sein sollte und der Vermieter die Durchführung der Arbeiten gleichwohl fordert.

Ein Beispiel soll das Gesagte verdeutlichen und untermauern. In einer von mir vorgeschlagenen Vertragsbestimmung wird versucht, den Mieter eines im Wohnungseigentum stehenden Objektes an Änderungen des zulässigen Gebrauchs durch Mehrheitsbeschluss der Eigentümer zu binden, „sofern die damit verbundenen Einschränkungen der Gebrauchsbefugnis für den Mieter zumutbar sind“.<sup>31</sup> Es folgt der Hinweis, zumutbar sei „im Allgemeinen“, was dem ordnungsmäßigen Gebrauch i.S.v. § 15 Abs. 2 WEG entspreche. Abgesehen von der weiter unten (II.2.) noch zu erörternden Problematik der Verweisungen auf Gesetzesvorschriften fragt sich hier vor allem, ob der Verwender diejenigen Fälle noch weiter konkretisieren muss, in denen selbst eine ordnungsmäßige Gebrauchsregelung den Mieter unzumutbar beeinträchtigt, oder ob er es bei dem abstrakten Vorbehalt („im Allgemeinen“) belassen kann. Denkbar wäre etwa der Hinweis, es dürften dem Mieter solche Gebrauchsrechte nicht genommen werden, die ihm der Vermieter explizit eingeräumt hat, z.B. die Erlaubnis der Hundehaltung, einer Satellitenempfangseinrichtung oder der Ausübung einer bestimmten Tätigkeit im Objekt. Mit dem Zusatz „explizit“ aber gefährdete der Vermieter – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der auch im Individualprozess vorzunehmenden kundenfeindlichsten Auslegung – die Wirksamkeit der Klausel; denn warum sollte für konkludente Zusagen nicht Gleiches gelten? Auf den ersten Blick mag es nahe liegen, dann einfach das Wort „explizit“ wegzulassen. Dann aber wären wohl sämtliche Gebrauchsrechte von dem Vorbehalt erfasst, die die Rechtsprechung einem Mieter zugesteht, oft im Wege ergänzender Vertragsauslegung, auch wenn über diese bei Vertragsschluss nicht gesprochen wurde. Das verringert den Anwendungsbereich der Regelung enorm, was die legitimen Interessen des Vermieters gefährdet. Anpassungsklauseln der beschriebenen Art sind aber für den Vermieter sehr wichtig, weil für ihn sonst die Gefahr besteht, zwischen divergierenden Pflichten gleichsam aufgerieben zu werden, ohne die Pflichtkollision vermeiden zu können. Demgegenüber ist das Konkretisierungsinteressen des Mieters vergleichsweise gering; denn es ist nicht davon auszugehen, dass dieser sich einfach mit dem Hinweis auf die Klausel abspeisen lässt, wenn ein Gebrauchsrecht betroffen ist, dessen Existenz für ihn besonders wichtig ist.

### c) **Richtigkeit und Vollständigkeit**

Es versteht sich eigentlich von selbst, dass die verwendeten Vertragsbestimmungen unter der Ägide des Transparenzgebots auch nicht irreführend sein dürfen. An sich widersprechen irreführende Bestimmungen bereits dem Gebot der durchschaubaren Darstellung (s.o. a); dennoch heben Rechtsprechung und h.L. diesen Aspekt als eigenständige Ausprägung hervor.<sup>32</sup>

Eng mit dem Täuschungsverbot hängt das Gebot der Vollständigkeit zusammen. Eine unvollständige Aufzählung von Tatbestandsmerkmalen eines Anspruchs des Verwenders<sup>33</sup> oder die

---

<sup>31</sup> S. Häublein, WuM 2009, 435 (437) = AnwZert MietR 13/2009 Anm. 2.

<sup>32</sup> BGH, Urt. vom 9. Mai 2012 - XII ZR 79/10, NJW 2012, 2187 Rz. 20 unter Hinw. auf das in BGHZ 162, 39 veröffentlichte Senatsurteil (zur Miete eines Kfz). Zum Aspekt der Täuschung s. etwa auch KG, Beschl. vom 7. Februar 2011 – 8 U 147/10, ZMR 2011, 711.

<sup>33</sup> Vgl. zur Möglichkeit des Vermieters, die Betriebskostenvorauszahlungen zu erhöhen, OLG Frankfurt, Urt. vom 19. Dezember 1991 – 6 U 108/90, WuM WuM 1992, 56 (62) Rz. 134 bei juris.

Wiedergabe nur einzelner Rechte des Kunden kann diesen davon abhalten, seine Rechtsposition wahrzunehmen.<sup>34</sup> Obwohl § 307 Abs. 3 S. 1 BGB eine entsprechenden Kontrollvorbehalt formuliert, kann die unvollständige Wiedergabe gesetzlicher Bestimmungen doch zu einer Intransparenz führen, weshalb Satz 2 leg. cit. in Übereinstimmung mit Art. 4 Abs. 2 Klausel-RiL auch solche Vertragsbestimmungen der Transparenzkontrolle unterwirft.

#### d) Beurteilungsmaßstab

Die Transparenz ist anhand eines überindividuellen Maßstabes zu messen, d.h. es kommt nicht auf das Verständnis des konkreten Vertragspartners an. Richtiger Ansicht nach steht dieser generalisierende Maßstab aber im Individualprozess nicht der Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Vertragsschlusses entgegen. Eine individuelle Aufklärung kann im Einzelfall eine Intransparenz beseitigen, sofern sie die Bestimmung hinreichend durchschaubar macht (für Verbraucherverträge s. ferner § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB). Nicht ausreichend sind aber in der Regel mündlich erteilte Informationen, weil sie dem Kunden nicht dauerhaft zur Verfügung stehen, was insbesondere bei Vertragsbestimmungen, die die Vertragsabwicklung betreffen und daher erst zu einem späteren Zeitpunkt relevant werden, problematisch ist.

Abzustellen ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners.<sup>35</sup> Nicht der flüchtige, sondern der aufmerksame und sorgfältige<sup>36</sup> sowie verständige<sup>37</sup> Durchschnittskunde bildet den Maßstab. Der BGH erkennt dabei an, dass das Transparenzgebot im Verkehr zwischen Unternehmern nicht mit gleicher Strenge wie gegenüber Verbrauchern anzuwenden ist, weil bei Unternehmen aufgrund ihrer Geschäftserfahrung sowie aufgrund der Maßgeblichkeit von Handelsgewohnheiten und Handelsbräuchen<sup>38</sup> von einer besseren Erkenntnis- und Verständnismöglichkeit ausgegangen werden kann.<sup>39</sup> Im Schrifttum heißt es, Vermieter von Geschäftsräumen könnten ein gewisses technisches, wirtschaftliches und juristisches Verständnis voraussetzen.<sup>40</sup> Ein umfassendes juristisches Verständnis kann aber nicht unterstellt oder erwartet werden.<sup>41</sup> Ebenso wenig kann sich der Verwender intransparenter Regelungen auf die bedeutende Marktstellung des Vertragspartners berufen, aufgrund derer dieser von vornherein hätte versuchen können, andere Vertragsbedingungen auszuhandeln.<sup>42</sup>

<sup>34</sup> S. dazu nur Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 307 Rz. 270.

<sup>35</sup> BGH, Urt. vom 3. August 2011 - XII ZR 205/09 - NJW 2012, 54 Rz. 12; Urt. vom 16. Mai 2007 - XII ZR 13/05, NZM 2007, 516 mwN. So bereits BGH, Urt. vom 17. Januar 1989 - XI ZR 54/88, BGHZ 106, 259 (265): Verständnismöglichkeiten der typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden.

<sup>36</sup> Kappus, NZM 2001, 761 (767); NK-BGB/Kollmann, 2. Aufl. 2012, § 307 Rz. 18; Stoffels, AGB-Recht, 3. Aufl. 2015, Rz. 567; s. auch BGH, Urt. vom 3. Juni 1998 - VIII ZR 317/97, NJW 1998, 3114 (3116); Urt. vom 24. Mai 2006 - IV ZR 263/03, NJW 2006, 2545 Rz. 12.

<sup>37</sup> BGH, Urt. vom 18. März 2015 - VIII ZR 242/13, BGHZ 204, 316 Rz. 30: „durchschnittlicher und verständiger Mieter“. S. auch BGH, Urt. vom 12. Juni 2001 - XI ZR 274/00, BGHZ 148, 74 (81), wo für die Auslegung im Rahmen der Unklarheitenregel auf „verständige und informierte Verbraucher“ abgestellt wird.

<sup>38</sup> Demgegenüber ist das Abstellen auf „Handelsüblichkeit“ im Verhältnis zum Endverbraucher intransparent; BGH, Urt. vom 11. März 1987 - VIII ZR 203/86, NJW 1987, 1886.

<sup>39</sup> BGH, Urt. vom 16. Mai 2007 - XII ZR 13/05, NZM 2007, 516 Rz. 19; Urt. vom 21. Juli 2010 - XII ZR 189/08, NJW 2010, 3152 Rz. 30.

<sup>40</sup> Wichert, ZMR 2014, 612 (618).

<sup>41</sup> BGH, Urt. vom 20. Juli 2005 - VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11 (36 f.) zum Begriff Kardinalpflichten.

<sup>42</sup> BGH, Urt. vom 3. August 2011 - XII ZR 205/09 - NJW 2012, 54 Rz. 16 zur Überwälzung der Kosten des Center-Managements auf den Mieter.

## 2. Beispiele aus der Judikatur zur Wohnraummiete

Im Bereich der Wohnraummiete sind höchstrichterliche Judikate, in denen Vertragsbestimmungen mangels Transparenz scheiterten, eher selten (zu den Gründen vgl. III.2.b). Bereits im Jahr 1991 bemängelte der BGH die Bestimmtheit einer Klausel, nach der der Vermieter eine Mindesttemperatur (nur) in den „vom Mieter hauptsächlich benutzten Räumen“ schuldet.<sup>43</sup> Einige andere Urteile beschäftigen sich mit Abgeltungsklauseln, etwa mit der Formulierung, es seien "angelaufene Renovierungsintervalle zeitanteilig zu entschädigen".<sup>44</sup> Jedoch ist dieser Aspekt de facto durch die Judikatur vom 18. März 2015<sup>45</sup> überholt (auch dazu III.2.b).

Nach Auffassung des OLG Schleswig ist der bloße, ohne Erläuterung des Inhalts der Norm vorgenommene Verweis auf § 545 BGB intransparent und die Klausel „Wird nach Ablauf der Mietzeit der Gebrauch der Sache vom Mieter fortgesetzt, so findet § 545 BGB keine Anwendung“ mangels zumutbarer Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht in den Vertrag einbezogen.<sup>46</sup> Dem ist das OLG Rostock – zu Recht, dazu sogleich – entgegen getreten.<sup>47</sup>

Das LG München I<sup>48</sup> hält die Klausel „(d)ie bestehende Hausordnung ist Gegenstand des Mietvertrages“ für intransparent, weil für den Mieter undurchschaubar sei, welche Regelung die Hausordnung enthalte (das betrifft freilich den in § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB angesprochenen formellen Aspekt, weil die Hausordnung dem Vertrag nicht beigelegt war). Ferner sei der Regelung nicht zu entnehmen, welche Fassung der Klausel für den Mieter maßgeblich sein soll, wenn es zu Änderungen derselben kommt.<sup>49</sup>

Nach der Rechtsprechung des BGH ist es hingegen nicht erforderlich, den Begriff Schönheitsreparatur zu erläutern.<sup>50</sup> Das bedeutet, der BGH hält ihn für transparent. Ferner hat der VIII. Zivilsenat einer Entscheidung die obergerichtliche Judikatur<sup>51</sup> zugrunde gelegt, nach der eine Bezugnahme auf die BetrKV für die Umlage von Nebenkosten hinreichend transparent ist.<sup>52</sup> Beides ist im Ergebnis richtig,<sup>53</sup> weil der andere Vertragsteil zum einen erkennen kann, welcher Natur die Pflichten sind, und zum anderen ggf. auch weiß, dass er die Details nicht kennt und insofern weitere Informationen benötigt. Die Annahme, der Verwender müsse ihm diese

---

<sup>43</sup> BGH, Urt. vom 15. Mai 1991 – VIII ZR 38/90, NJW 1991, 1750 (1753).

<sup>44</sup> BGH, Urt. vom 5. März 2008 – VIII ZR 95/07, NJW 2008, 1438 Rz. 17; s. ferner BGH, Urt. vom 26. September 2007 – VIII ZR 143/06, NJW 2007, 3632: Intransparenz mangels Eindeutigkeit der Berechnung der Quote.

<sup>45</sup> BGH, Urt. vom 18. März 2015 – VIII ZR 242/13, BGHZ 204, 316 Rz. 29; s. dazu auch sub III.2.b.

<sup>46</sup> OLG Schleswig, RE vom 27. März 1995 - 4 REMiet 1/93, NJW 1995, 2858, zust. *Heinrichs*, NZM 2003, 6 (12); Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 545 Rz. 31; *Schwab*, AGB-Recht, 2. Aufl. 2014, Rz. 669.

<sup>47</sup> OLG Rostock, Urt. vom 29. Mai 2006 – 3 U 167/05, NJW 2006, 3217 (3218); keine Transparenzbedenken ließ auch das OLG Hamm, RE vom 9. Dezember 1982 – 4 REMiet 12/82, NJW 1983, 826, erkennen.

<sup>48</sup> Urt. vom 3. Juli 1997 – 7 O 18843/96, WuM 1997, 612 (614).

<sup>49</sup> In diesem Kontext weist das Gericht auf die Unklarheitenregel hin, was das Verdikt der Unwirksamkeit offenkundig nicht zu begründen geeignet ist.

<sup>50</sup> Vgl. dazu statt vieler BGH, Urt. vom 28. April 2004 – VIII ZR 230/03, NJW 2004, 2087.

<sup>51</sup> Dazu grdl. BayObLG, RE vom 24. Februar 1984- REMiet 3/84, BayObLGZ 1984, 38.

<sup>52</sup> BGH, Urt. vom 7. April 2004 – VIII ZR 167/03, ZMR 2004, 430; gegen Transparenzverstoß bei Umlage „neu entstehender Betriebskosten“ BGH, Urt. vom 27. September 2006 – VIII ZR 80/06, NJW 2006, 3558 (3559).

<sup>53</sup> Ebenso *Heinrichs*, NZM 2003, 6 (11 f.) m. N. zur Gegenansicht.

Informationen bei Vertragsschluss von sich aus zur Verfügung stellen, ist überzogen<sup>54</sup> und lässt sich vor allem nicht konsequent durchhalten; denn ohne nähere (juristische) Information ist der Bedeutungsgehalt der meisten Vertragsklauseln nicht im Detail zu erfassen. Man denke etwa an Begriffe wie „Werktag“, „schriftlich“, „Verschulden“ oder „Verzug“.<sup>55</sup> Auch bei ihnen genügt es regelmäßig, wenn der andere Vertragsteil eine Vorstellung hat, worum es in der Sache geht und dass er ggf. weitere Informationen benötigt. Aus diesem Grunde überzeugt auch die oben erwähnte Entscheidung der OLG Schleswig nicht, da der Mieter den Regelungsgegenstand (Fortsetzung des Gebrauchs nach Vertragsende) klar erkennen und sich daher fragen konnte, welche Informationen ihm für seine Entscheidung zum Vertragsschluss oder die Wahrnehmung seiner Rechte bei der Vertragsdurchführung fehlten.

Daher verdienen auch die Entscheidungen Zustimmung, die von der Annahme ausgehen, das Transparenzgebote gebiete es nicht, den Mieter über die Gesetzeslage zu informieren, sondern verbiete nur, diese zu verschleiern und den Kunden über sie und seine Rechte sozusagen hinwegzutäuschen sowie ihn an der Rechtsausübung zu hindern.<sup>56</sup> Letzteres kann der Fall sein, wenn ein durchschnittlicher Mieter mit einer bestimmten Formulierung eine falsche Vorstellung verbindet, etwa weil diese in der Umgangssprache eine abweichende Bedeutung hat. Das betrifft den Satz „Schadensersatz schuldet der Vermieter grundsätzlich nur bei Vorsatz.“, weil „grundsätzlich“ auch von verständigen Mietern nicht als Einschränkung verstanden wird.

### 3. Beispiele aus der Judikatur zur Geschäftsraummiete

Mehr Beispiele für intransparente Klauseln liefert die Judikatur des BGH zum Recht der Geschäftsraummiete. Zur Beschränkung der Haftung des Vermieters auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz urteilte der XII. Zivilsenat etwa, ein Überraschungseffekt i.S.v. § 305c BGB könne sich aus der Stellung der Klausel im Gesamtwerk der allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben. Das sei der Fall, wenn sie in einem systematischen Zusammenhang steht, in dem der Vertragspartner sie nicht zu erwarten braucht.<sup>57</sup> Während damit die formelle Transparenz angesprochen ist, monierte der BGH eine Bestimmung über die Öffnungszeiten in einem Mietvertrag, weil sie dem Mieter nicht offenlegte, dass der Vermieter auf diese über ein anderen Mietern gegenüber bestehendes Weisungsrecht Einfluss nehmen konnte.<sup>58</sup> Der IX. Zivilsenat verneinte hinreichende Transparenz eines Übertragungsverbots in einer Mietbürgschaft, da es deren Erlöschen bei Abtretung der gesicherten Forderung verschleierte.<sup>59</sup>

Zu den wichtigsten Bereichen gehört in diesem Zusammenhang die Überwälzung von Nebenkosten. Hintergrund ist die verbreitete Annahme, an die Übernahme weiterer Kosten neben

---

<sup>54</sup> Das gilt auch und gerade für die Ansicht, vom Mieter zu tragende Betriebskosten müssten im Vertrag im Einzelnen angeführt und für diesen klar und verständlich abgegrenzt werden; *Pfeilschifter*, WuM 2002, 73.

<sup>55</sup> BayObLG, RE vom 24. Februar 1984- RE-Miet 3/84, BayObLGZ 1984, 38.

<sup>56</sup> BGH, Urt. vom 14. Mai 1996 – XI ZR 257/94, BGHZ 133, 25. S. dazu bereits II.1.a sowie aus der Instanzrechtsprechung etwa LG Hamburg, Urt. vom 23. Mai 2000 – 316 S 235/99, WuM 2001, 340.

<sup>57</sup> BGH, Urt. vom 21. Juli 2010 – XII ZR 189/08, NJW 2010, 3152; ebenso BGH Urt. vom 3. August 2011 - XII ZR 205/09 - NJW 2012, 54 Rz. 15; zur Transparenz von Haftungsklauseln ferner *Joachim*, NZM 2003, 387 (391).

<sup>58</sup> BGH, Urt. vom 16. Mai 2007 - XII ZR 13/05, NZM 2007, 516. Die im Streit stehende Klausel stellte verbal darauf ab, wie lange die überwiegende Zahl aller Mieter ihre Geschäfte offen hält.

<sup>59</sup> BGH, Urt. vom 19. September 1991 – IX ZR 296/90; BGHZ 115, 177 (185).



der Miete durch den Mieter seien strenge Anforderungen zu stellen.<sup>60</sup> Eine pauschale Überbürdung „aller Nebenkosten“ wird für unzulässig gehalten, weil der Begriff keine klaren Konturen aufweise.<sup>61</sup> Der BGH beurteilte eine Formalklausel als intransparent, die dem Mieter eines in einem Einkaufszentrum gelegenen Ladenlokals als Nebenkosten nicht näher aufgeschlüsselte Kosten des "Centermanagers" auferlegt.<sup>62</sup> Die Wirksamkeit einer daneben ausdrücklich vereinbarten Übertragung von Kosten der "Verwaltung" werde dadurch allerdings nicht berührt.<sup>63</sup> Für zu unbestimmt erachtete der XII. Zivilsenat aber eine Klausel, nach der „Kosten der für das Gesamtobjekt notwendigen und/oder üblichen Versicherungen sowie alle für den Betrieb, die Unterhaltung, Bewachung und Verwaltung notwendigen Kosten einschließlich der Gestellung und Unterbringung des hierfür erforderlichen Personals“ auf den Mieter übertragen werden sollten.<sup>64</sup> Das KG<sup>65</sup> monierte neben der Kostenposition "Center Manager" auch die Begriffe "Raumkosten", "allgemeiner Service" sowie "Verwaltungskosten" als intransparent. Hingegen lehnt der BGH einen Transparenzverstoß im Hinblick auf die Begriffe "Verwaltungskosten" oder "Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung" ab.<sup>66</sup> Daran ändere sich auch dadurch nichts, dass die Vorauszahlungen im Einzelfall deutlich niedriger festgelegt wurden als die später abgerechneten Kosten und die Klausel keine Bezifferung oder höhenmäßige Begrenzung der Verwaltungskosten enthält.<sup>67</sup>

In der Sache geht es zumindest auch um einen Transparenzmangel, nämlich um die fehlende Überschaubarkeit der wirtschaftlichen Belastungen, wenn der BGH Klauseln als unangemessen verwirft, die den Mieter ohne Obergrenze an den Kosten der Instandsetzung von gemeinschaftlich genutzten Flächen und Gebäudeteilen beteiligt.<sup>68</sup> Ähnlich argumentiert das OLG Dresden hinsichtlich der Verpflichtung, „Dach und Fach“ instand zu halten und zu setzen.<sup>69</sup> Im Schrifttum wird überdies bezweifelt, ob bei Instandhaltungsklauseln die Herausnahme von „Dach und Fach“ transparent ist.<sup>70</sup>

Schließlich hatte das OLG Naumburg<sup>71</sup> über eine Klausel zu befinden, die einen eingeschriebenen Brief als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung des Mietvertrages vorsah, und hielt diese für unwirksam, wenn sie innerhalb der AGB an einer unvermuteten Stelle steht.

Wie ausgeführt (s.o. II.1.d), ist die Rechtsprechung im geschäftlichen Verkehr bei der Anwendung des Transparenzgebots weniger streng und setzt ein höheres Maß an Verständigkeit

---

<sup>60</sup> BGH, Urt. vom 6. April 2005 – XII ZR 158/01, ZMR 2005, 844 Rz. 28: ausdrückliche, inhaltlich bestimmte Vereinbarung erforderlich; KG, Beschl. vom 7. Februar 2011 – 8 U 147/10, ZMR 2011, 711. S. zu diesem Grundsatz auch OLG Düsseldorf, Urt. vom 26. September 2002 – 10 U 170/01, ZMR 2003, 109 (110), das die Geltung der Bestimmtheitsanforderungen auch für Individualvereinbarungen betont.

<sup>61</sup> Lindner-Figura, in: ders./Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 3. Aufl. 2012, Kap 7 Rz. 134.

<sup>62</sup> BGH, Urt. vom 3. August 2011 - XII ZR 205/09 - NJW 2012, 54 Rz. 15 m.w.N.; Urt. vom 26. September 2012 – XII ZR 112/10, NJW 2013, 41 Rz. 14.

<sup>63</sup> BGH, Urt. vom 26. September 2012 – XII ZR 112/10, NJW 2013, 41 Rz. 25.

<sup>64</sup> BGH, Urt. vom 6. April 2005 – XII ZR 158/01, ZMR 2005, 844 Rz. 29.

<sup>65</sup> KG, Urt. vom 8. Oktober 2001 – 8 U 6267/00, NZM 2002, 954.

<sup>66</sup> S. BGH, Urt. vom 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08, BGHZ 183, 299 Rz. 23; Urt. vom 24. Februar 2010 - XII ZR 69/08, NJW-RR 2010, 739 Rz. 7; Urt. vom 4. Mai 2011 - XII ZR 112/09, ZMR 2011, 788 Rz. 8 ff.; BGH, Urt. vom 3. August 2011 – XII ZR 205/09, NJW 2012, 54 Rz. 11 ff.; ebenso OLG Köln NZM 2008, 366.

<sup>67</sup> S. den Leitsatz BGH, Urt. vom 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08, BGHZ 183, 299.

<sup>68</sup> BGH, Urt. vom 6. April 2005 – XII ZR 158/01, ZMR 2005, 844 Rz. 25.

<sup>69</sup> OLG Dresden, Urt. vom 17. Juni 1996 - 2 U 655/95, NJW-RR 1997, 395 (396); str.

<sup>70</sup> Wichert ZMR 2014, 612 (618).

<sup>71</sup> OLG Naumburg, Urt. vom 15. April 1999 - 7 U 94/98, ZMR 1999, 708.

beim Vertragspartner voraus. Dies zeigt sich an einer Entscheidung des BGH, in der eine auf die Bruttogrundfläche gemäß DIN 277 Bezug nehmende Mietzinsklausel unbeanstandet blieb, obwohl die Berechnungsgrundlage für die Fläche dem Vertrag nicht beigelegt war.<sup>72</sup>

Die Notwendigkeit, im Einzelfall die berechtigten Belange gegeneinander abzuwiegen, aber auch die Erwartung, ein Unternehmer werde sich von der Wahrnehmung derselben weniger leicht abhalten lassen, verdeutlicht schließlich ein Urteil des LG Berlin. Bei einer vereinbarten Umsatzmiete bestanden nach Ansicht des Gerichts keine Bedenken gegen eine Klausel, die den Mieter verpflichtet, seine Bücher und die sonstigen die Umsätze betreffenden Unterlagen offenzulegen, ohne die Voraussetzungen hierfür näher zu spezifizieren.<sup>73</sup>

### III. Die Rechtsfolge von Transparenzverstößen als neuralgischer Punkt

Während die Vorschriften über die Einbeziehungskontrolle davon sprechen, eine Bestimmung werde nur unter bestimmten Voraussetzungen Vertragsbestandteil oder eben gerade nicht, ist als Sanktion der Inhaltskontrolle die Unwirksamkeit vorgesehen. Allerdings formuliert § 307 Abs. 1 S. 2 BGB insofern vorsichtig („kann sich auch daraus ergeben“, nicht „ergibt sich daraus“) und eröffnet damit einen sehr wichtigen Auslegungsspielraum. Per saldo ergeben sich daraus Rückwirkungen für den Tatbestand des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

#### 1. Einbeziehungskontrolle

Um eine ausschließlich formelle,<sup>74</sup> nicht auf den Inhalt einzelner Vertragsbestimmungen abstellende Transparenz geht es in § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Der Vertragspartner soll die Möglichkeit erhalten, in zumutbarer Weise Kenntnis von den AGB zu nehmen (s. dazu bereits II. 1a). Im Mietrecht erlangt dieser Aspekt vor allem bei Hausordnungen große Relevanz. Wird auf sie im Mietvertrag Bezug genommen, so muss der Vermieter von Wohnraum sie dem Mietinteressenten grundsätzlich vor Vertragsschluss in einer Weise zugänglich machen, die diesem die Möglichkeit gibt, sich mit den für ihn geltenden Verhaltensregeln vertraut zu machen. In der Geschäftsraummiete gilt das nicht in gleicher Weise, was aus § 310 Abs. 1 S. 1 BGB folgt, der die Anwendung des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB ausschließt, wenn der Vertragspartner des Verwenders Unternehmer ist. Auch hier empfiehlt es sich freilich, nicht zuletzt wegen § 550 BGB,<sup>75</sup> die Hausordnung zum Bestandteil des Vertrages zu machen.

Auch § 305c Abs. 1 BGB berücksichtigt formelle Aspekte, wie die „äußere Gestaltung“ der AGB, ist aber von deren Inhalt nicht vollkommen losgelöst – nur Regelungen ungewöhnlichen Inhalts scheitern an dieser Norm an. Da die Einbeziehungskontrolle der Inhaltskontrolle gedanklich vorgelagert ist, weil sie bereits den Vertragstatbestand betrifft, kann der Verstoß

---

<sup>72</sup> BGH, Urt. vom 4. Oktober 2000 - XII ZR 44/98, NZM 2001, 234.

<sup>73</sup> LG Berlin, Urt. v. 25. März 2011 - 12 O 449/10, GE 2011, 690.

<sup>74</sup> Zum Unterscheidung von formeller und materieller Intransparenz s. etwa BeckOK BGB/Hubert Schmidt (Stand: 1.11.2015) BGB § 307 Rz. 42.

<sup>75</sup> In der Entscheidung des BGH, Urt. vom 30. Juni 1999 - XII ZR 55/97BGHZ 142, 158 (162), war das Beifügen der Hausordnung nur deswegen entbehrlich, weil diese nur unwesentliche Vertragsbestimmungen enthielt.

gegen § 307 BGB in der Praxis nicht selten offenbleiben, sofern die Klausel zumindest auch überraschend ist.<sup>76</sup>

Eine Einbeziehungskontrolle findet nur im Individualprozess statt. Im Verbandsklageverfahren kann gem. § 1 Abs. 1 UKlaG nur die Verwendung oder Empfehlung unwirksamer Klauseln bekämpft werden, was die Bedeutung der Zuordnung des Transparenzgebotes zur Inhaltskontrolle unterstreicht. Dass dabei eine individuelle Aufklärung nicht berücksichtigt werden kann, hält der BGH zu Recht für unschädlich.<sup>77</sup>

## 2. Inhaltskontrolle

Die eigentliche Kontrolle der Transparenz des Inhalts der Klausel erfolgt zunächst einmal anhand der „kleinen Transparenzgebote“ der §§ 308 f. BGB (s.o. II.1.b), die gegenüber § 307 Abs. 1 S. 2 BGB *leges speciales* sind.<sup>78</sup> Sind diese nicht einschlägig, ist die Transparenzkontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB vorzunehmen, was auch für Bestimmungen gilt, die die vertraglichen Hauptleistungspflichten betreffen (§ 307 Abs. 3 S. 2 BGB). Umstritten, aber für die praktische Bedeutung des Transparenzgebots äußerst wichtig, ist die Frage, ob Vertragsbestimmungen stets bereits deswegen unwirksam sind, weil sie unklar abgefasst sind. Auf diesen aus meiner Sicht neuralgischen Punkt ist näher einzugehen.

### a. Überblick über den Meinungsstand zu § 307 Abs. 1 S. 2 BGB

Nach h.M. hält eine Vertragsbestimmung der Inhaltskontrolle nicht stand, wenn sie intransparent ist und dadurch eine Benachteiligung der Rechtsstellung des Vertragspartners begründet wird.<sup>79</sup> Die bloße Intransparenz führt also für sich genommen nicht zur Unwirksamkeit, sondern die unangemessene Benachteiligung ist eine eigenständige, zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung. Deren Vorliegen wird allerdings von manchen „im Regelfall“ angenommen,<sup>80</sup> z.T. ist sogar von einer unwiderleglichen Vermutung die Rede.<sup>81</sup>

Letzteres entspricht im Ergebnis der Gegenansicht, die allein wegen der Intransparenz auch ohne inhaltliche Benachteiligung eine unwirksame Regelung annimmt.<sup>82</sup> Sie wird auch für das Mietrecht vertreten. So geht etwa das KG in einer Entscheidung zur Überwälzung von Nebenkosten auf den Geschäftsraummieter davon aus, gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB sei „eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wegen unangemessener Benachteili-

---

<sup>76</sup> Den Verstoß gegen das Verbot überraschender Klauseln zugunsten der Inhaltskontrolle offenlassend etwa BGH, Urt. vom 19. September 1991 – IX ZR 296/90; BGHZ 115, 177 (185).

<sup>77</sup> BGH, Urt. vom 15. Oktober 1991 - XI ZR 192/90, BGHZ 116, 1 m.w.N.

<sup>78</sup> Zur Auslegung anderer Bestimmungen des Klauselkatalogs im Lichte des Transparenzgebots, s. *Stoffels*, AGB-Recht, 3. Aufl. 2015, Rz. 563.

<sup>79</sup> BGH, Urt. vom 23. Februar 2011 - XII ZR 101/09, MDR 2011, 480 Rz. 16; *Armbrüster*, DNotZ 2004, 437 (440); BeckOK BGB/*Hubert Schmidt* (Stand: 1.11.2015) BGB § 307 Rz. 44; *Heinrichs*, FS Trinkner (1995), 157 (162); NK-BGB/*Kollmann*, 2. Aufl. 2012, § 307 Rz. 19; ausf. auch *Staudinger/Coester* (2013), § 305 Rz. 174.

<sup>80</sup> *Staudinger/Coester* (2013), § 305 Rz. 174: im Regelfall zu unterstellen; ähnlich *Pfeiffer*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 307 Rz. 250: grundsätzlich unangemessene Benachteiligung; s. auch *Fuchs*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 307 Rz. 331.

<sup>81</sup> *Stoffels*, AGB-Recht, 3. Aufl. 2015, Rz. 564; zu Recht ablehnend *Fuchs*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 307 Rz. 331.

<sup>82</sup> S. *Henrichs*, in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring*, Schuldrecht (2002) § 307 Rz. 9.

gung unwirksam, wenn die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.“<sup>83</sup> Auch im Schrifttum liest man die apodiktische Feststellung „(e)ine Formulklausel muss klar und verständlich sein. Sonst stellt sie allein deshalb eine unangemessene Benachteiligung dar.“<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> KG, Beschl. vom 7. Februar 2011 – 8 U 147/10, ZMR 2011, 711.

<sup>84</sup> *Wichert* ZMR 2014, 612 (618).

## b. Stellungnahme

Bereits der Wortlaut des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach aus der unklaren Fassung eine unangemessene Benachteiligung folgen „kann“, <sup>85</sup> spricht gegen eine stets anzunehmende Unwirksamkeit. Die Unklarheit muss zum einen eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschreiten. <sup>86</sup> Zum anderen werden – das ist im Ergebnis einhellige Ansicht – diejenigen Sachverhalte ausgeschlossen, in denen die unklare Klausel dem Vertragspartner des Verwenders ausschließlich zum Vorteil gereicht. Systematisch spricht für dieses Verständnis auch § 305c Abs. 2 BGB, der ohne diese Einschränkungen ohne Anwendungsbereich bliebe, weil Auslegungsbedarf eine bestehende Unklarheit voraussetzt.

Diese Sichtweise bestätigt die historisch-teleologische Auslegung. In der Begründung zum Regierungsentwurf des SMG, der den Transparenzverstoß als eigenständiges, drittes Regelbeispiel dem § 307 Abs. 2 BGB zuordnete, hieß es zwar noch, intransparente Klauseln seien per se, ohne Hinzutreten einer inhaltlichen unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners, als unwirksam zu betrachten. <sup>87</sup> Jedoch wandte sich der Rechtsausschuss, auf dessen Stellungnahme § 307 Abs. 1 S. 2 BGB beruht, gegen diese Sichtweise. Sie führe dazu, dass für die Unklarheitenregel (§ 305c Abs. 2 BGB) kaum Raum bleibe. Ferner gehe es über die bisherige Rechtsprechung <sup>88</sup> und wohl auch über Art. 5 der KlauselRiL hinaus, eine intransparente Klausel im Zweifel als unwirksam anzusehen. Eine derartige Rechtsfolge könne sogar zu Lasten des Vertragspartners des Verwenders gehen, wenn nämlich die Anwendung des § 305c Abs. 2 BGB zu einem für diesen günstigeren Ergebnis führt als die Unwirksamkeit.

§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB entbindet daher nicht von der Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung. Mindestvoraussetzung für die Unwirksamkeit ist ein Abweichen der Regelung von der gesetzlichen Rechtslage, die dem Kunden zumindest auch zum Nachteil gereicht. Ausschließlich vorteilhafte Regelungen sind hingegen wirksam, sofern ihr Inhalt im Wege der Auslegung überhaupt ermittelt werden kann. <sup>89</sup> Die Benachteiligung muss aber nicht für sich genommen „entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen“ sein, weil § 307 Abs. 1 S. 2 BGB sonst überflüssig wäre. Die Unangemessenheit kann sich vielmehr aus dem Zusammenspiel mit der Intransparenz ergeben, mithin auf einem Summierungseffekt beruhen. Das dürfte der Regelfall sein. Sie kann sich ferner allein aus der Intransparenz ergeben, etwa wenn der Inhalt der Regelung durch anzuerkennende Belange des Verwenders sachlich gerechtfertigt und der damit verbundene Nachteil für den Vertragspartner an sich hinzunehmen ist. Die Unangemessenheit kann sich hier aus einer irreführenden oder verschleiernenden For-

---

<sup>85</sup> Diese Formulierung bildet die Rechtsprechung ab; vgl. etwa BGH, Urt. vom 12. Juni 2001 - XI ZR 274/00, BGHZ 148, 74 (79) m.w.N.: Ist der Verwender dem Transparenzgebot nicht gefolgt, kann schon darin eine unangemessene Benachteiligung des Kunden liegen. Ebenso bereits in der grundl. Entscheidung BGH, Urt. vom 17. Januar 1989 – XI ZR 54/88, BGHZ 106, 259 (264): Transparenzverstoß kann zur Unwirksamkeit führen.

<sup>86</sup> *Armbrüster*, DNotZ 2004, 437 (440). Nach einer noch weitergehenden Ansicht, soll das Transparenzgebot nicht anzuwenden sein, solange die Unklarheitenregel eine Inhaltsermittlung erlaubt; *Schwab*, AGB-Recht, 2. Aufl. 2014, Rz. 654 f. m.N.

<sup>87</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 154.

<sup>88</sup> Grdl. BGH, Urt. vom 24. November 1988 – III ZR 188/87, BGHZ 106, 42 (49): Verschleierung der preiserhöhenden Wirkung könne den Ausschlag geben; s. ferner etwa BGH, Urt. vom 9. Mai 2001 – IV ZR 121/00, BGHZ 147, 354 (362 ff.); anders aber BGH, Urt. vom 8. Oktober 1997 - IV ZR 220/96, BGHZ 136, 394 (401 f.): schon in der Intransparenz liege eine unangemessene Benachteiligung.

<sup>89</sup> Da § 1 UKlaG an die Unwirksamkeit anknüpft, besteht insofern eine Schutzlücke, als auch der Verwender ausschließlich vorteilhafter Regelungen zur transparenten Gestaltung angehalten werden können muss.

mulierung ergeben,<sup>90</sup> sofern sie selbst demjenigen, der die AGB sorgfältig liest, die notwendigen Informationen vorenthält, die benötigt werden, um die eigenen Rechte wahrnehmen oder ggf. vom Abschluss des Vertrages in der konkreten Form Abstand nehmen zu können. Für die Annahme, eine Unklarheit führe im Zweifel zur Unwirksamkeit, ist allerdings insbesondere vor dem Hintergrund der beschriebenen Entstehungsgeschichte kein Raum.

Da eine unangemessene Benachteiligung daher einer über die Feststellung der Unklarheit hinausgehenden Begründung bedarf, ist die in der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats erkennbare Tendenz,<sup>91</sup> die Unwirksamkeit möglichst nicht allein auf die Intransparenz der Bestimmung zu stützen, zu begrüßen. Den Ausgangspunkt der Argumentation bildet für den BGH dabei die Überlegung, der Verwender habe bei der inhaltlichen Gestaltung einer Klausel auf die berechtigten Belange des Mieters angemessen Rücksicht zu nehmen.<sup>92</sup> Es fällt auf, dass dann im weiteren Fortgang der Begründung auch Aspekte in Feld geführt werden, die die mangelhafte Transparenz betreffen, etwa die Erkennbarkeit der Auswirkungen oder die Mehrdeutigkeit einer Regelung. Das verdeutlicht nicht nur das enge Zusammenspiel der beiden Sätze des § 307 Abs. 1 BGB,<sup>93</sup> sondern ist auch Ausdruck einer – aus meiner Sicht unbedingt gebotenen – Zurückhaltung bei der Annahme einer Unwirksamkeit, die allein auf eine Unklarheit gestützt wird. Da vollkommene Klarheit bei der Vertragsgestaltung fast nie zu erreichen ist, geht es hierbei auch um die Grenze des tatsächlich und rechtlich Möglichen<sup>94</sup> und damit letztlich um die Verhältnismäßigkeit.

#### **IV. Unwirksamkeit unklarer Klauseln als zwingende Folge der Klauselrichtlinie?**

Betrachtet man die mietrechtliche Judikatur zum Transparenzgebot, so fällt auf, dass bislang kein Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet wurde. Bemerkenswert ist das zum einen deswegen, weil die Anwendbarkeit der Klauselrichtlinie zumindest auf Mietverträge über Wohnraum außer Zweifel steht.<sup>95</sup> Zum anderen weist nicht nur die hier in den Mittelpunkt gerückte Rechtsfolgenbemessung Bezüge zur Richtlinie auf.

##### **1. Bedeutung der Klauselrichtlinie für das nationale Recht**

Die Auslegung des § 307 BGB hat jedenfalls bei Verbraucherverträgen richtlinienkonform zu erfolgen.<sup>96</sup> Für den Bereich der Immobilienmiete sind Wohnraummietverträge betroffen, bei

---

<sup>90</sup> S. dazu etwa BGH, Urt. vom 16. Mai 2007 - XII ZR 13/05, NZM 2007, 516; KG, Beschl. vom 7. Februar 2011 – 8 U 147/10, ZMR 2011, 711: Notwendigkeit einer Sonderrisikoversicherung stand fest, wird im Vertrag bei den Betriebskosten aber als „ggf.“ notwendige Versicherung verschleiert.

<sup>91</sup> BGH, Urt. vom 29. Mai 2013 - VIII ZR 285/12, NJW 2013, 2505; Urt. vom 18. März 2015 – VIII ZR 242/13, BGHZ 204, 316 Rz. 29 ff. Vgl. auch die Erwägungen in BGH, Urt. vom 17. Dezember 2008 - VIII ZR 274/06, BGHZ 179, 186 Rz. 18 zum Gaslieferungsvertrag.

<sup>92</sup> BGH, Urt. vom 29. Mai 2013 - VIII ZR 285/12, NJW 2013, 2505 Rz. 14.

<sup>93</sup> S. die pointierte Äußerung von *Heinrichs*, FS Trinkner (1995), 157 (161): Das Transparenzgebot gehörte von Anfang an zu den Parametern, die bei der Inhaltskontrolle anzuwenden waren und angewandt worden sind.

<sup>94</sup> S. den die Abgeltungsklauseln betreffenden Hinweis in BGH, Urt. vom 18. März 2015 – VIII ZR 242/13, BGHZ 204, 316 Rz. 29.

<sup>95</sup> EuGH, Urt. vom 30. Mai 2013 – C-488/11, NJW 2013, 2579 Rz. 34 (Asbeek Brusse).

<sup>96</sup> Statt aller: BeckOK BGB/*Hubert Schmidt* (Stand: 1.11.2015) BGB § 307 Rz. 41. Zur Herleitung dieser unionsrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten etwa *Streinz/Schroeder*, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 288 Rz. 125: Bezug auf Art. 4 Abs. 3 EUV neben Art. 288 Abs. 3 AEUV überflüssig.

denen der Vermieter Unternehmer ist.<sup>97</sup> Bei der Geschäftsraummiete sind Fälle immerhin denkbar, in denen der Vermieter Verbraucher und der Mieter Unternehmer ist.

Liegt ein Verbrauchervertrag vor, müssen die bei Interpretation des nationalen Rechts gewonnenen Ergebnisse auf ihre Vereinbarkeit mit der Klauselrichtlinie geprüft werden, was wiederum deren Auslegung voraussetzt (s. dazu sub 2.). Sollte sich etwa aus der Richtlinie ergeben, dass diese stets die Unwirksamkeit unklarer Vertragsbestimmungen fordert, würde dies den Ausschlag für die oben (III.2.) abgelehnte Minderansicht geben. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH zur unionsrechtskonformen Interpretation muss nämlich ein nationales Gericht, bei dem ein Rechtsstreit zwischen Privatpersonen anhängig ist, bei der Anwendung der Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts das gesamte nationale Recht berücksichtigen und es so weit wie möglich anhand von Wortlaut und Zweck der einschlägigen Richtlinie auslegen, um zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel vereinbar ist. Diese Verpflichtung des nationalen Richters finde ihre Schranken aber in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dürfe nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen.<sup>98</sup> Wo diese Grenze verläuft, ist kontrovers.<sup>99</sup> Obwohl die h.M. in Österreich und Deutschland im Ausgangspunkt übereinstimmend davon ausgeht, die Grenze werde bei einer gegen den Wortsinn und den Zweck des Gesetzes verstoßenden Interpretation überschritten,<sup>100</sup> wird die *contra legem*-Grenze in Deutschland bei der unionsrechtskonformen Rechtsfindung doch deutlich stärker zurückgedrängt. Methodologisch geht es darum, ob die nationale Regelung auch dann lückenhaft ist, wenn der Gesetzgeber zwar genau die in Rede stehende Regelung wollte, dabei aber übersah, dass diese nicht dem europäischen Recht entspricht.<sup>101</sup>

Zum anderen folgt aus der europarechtlichen Überformung des Transparenzgebots in Bezug auf die Auslegung der Richtlinienvorgaben eine Zuständigkeit des EuGH. Sie führt nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zu einer Vorlagepflicht, sofern die Entscheidung des betreffenden Gerichts nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann. Für andere Gerichte besteht nach Abs. 2 *leg. cit.* immerhin die Möglichkeit zur Vorlage an den EuGH. Die Vorlagepflicht scheidet nur aus, wenn die Rechtsfrage bereits in einem anderen Vorabentscheidungsverfahren beantwortet worden ist oder zu ihr eine gesicherte Rechtsprechung des EuGH vorliegt sowie dann, wenn die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass vernünftige Zweifel an der Auslegung nicht bestehen.<sup>102</sup>

---

<sup>97</sup> Das ist entgegen einer vereinzelt vertretenen Ansicht keineswegs stets der Fall; dazu *Häublein*, FS Blank (2006), 207 (218) m.N., auch zur Gegenansicht.

<sup>98</sup> EuGH, Urt. 27. Februar 2014 – C-351/12, EuZW 2014, 435 Rz. 44 f. (OSA); Urt. vom 30. April 2014 – C-26/13, NJW 2014, 2335 Rz. 64 f. (Kásler und Káslerné Rábai).

<sup>99</sup> Allgemein dazu *Neuner*, Die Rechtsfindung *contra legem* (1992).

<sup>100</sup> S. nur *Franz Bydlinski*, in: Koller/Hager/Junker/Singer/Neuner, Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken (1998), 27 ff.; *Canaris*, FS Franz Bydlinski (2002), 47 (92).

<sup>101</sup> S. dazu einerseits *Leenen*, JURA 2012, 753 (760 f.) und andererseits *Peter Bydlinski*, JBl 2015, 2.

<sup>102</sup> EuGH, Urt. 6. Oktober 1982 – 283/81, NJW 1983, 1257 Rz. 13 ff. (CILFIT).

## 2. Vorgaben der Richtlinie zur Transparenz

Die Auslegung der Richtlinie ist eine Vorfrage der richtlinienkonformen Interpretation des nationalen Rechts<sup>103</sup> und damit auch des Mietrechts. Sie nimmt ihren Ausgangspunkt beim Wortlaut, wobei sämtliche Sprachfassungen der Richtlinie gleichberechtigt nebeneinander stehen.<sup>104</sup> Nach Art. 5 S. 1 KlauselRiL müssen schriftlich niedergelegte Vertragsklauseln stets klar und verständlich abgefasst sein. Satz 2 leg. cit. ergänzt: Bei Zweifeln über die Bedeutung einer Klausel gilt die für den Verbraucher günstigste Auslegung. Im 20. Erwägungsgrund der Richtlinie heißt es ferner, dass der Verbraucher tatsächlich Gelegenheit haben muss, von allen Vertragsklauseln Kenntnis zu nehmen. Schließlich formuliert Art. 4 Abs. 2 KlauselRiL eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass 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 betrifft, sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefasst sind.

Obwohl es zur Klauselrichtlinie vergleichsweise viel Judikatur gibt,<sup>105</sup> sind die Vorgaben des EuGH zum Verständnis des Transparenzgebots überschaubar. Art. 5 S. 1 KlauselRiL spricht von Klauseln, die dem Verbraucher „unterbreitet“ sind. Aus Art. 3 Abs. 1 KlauselRiL und ihrem 12. Erwägungsgrund leitet der EuGH ab, dass jedenfalls im Einzelnen ausgehandelte Bestimmungen prinzipiell nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, weshalb insofern auch das Transparenzgebot nicht zum Tragen kommt.<sup>106</sup> Im Übrigen harren die Begriffe „schriftlich“ und „unterbreitet“ noch einer Interpretation durch den EuGH. Keinesfalls sind sie nach Maßgabe des deutschen Rechts, etwa § 126 BGB zu interpretieren, sondern autonom.<sup>107</sup> Es dürfte für Schriftlichkeit jede Art der Verkörperung in Schriftzeichen genügen.<sup>108</sup> „Unterbreitet“ sind Bestimmungen, entgegen § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB, dem Wortsinn nach ferner nicht nur dann, wenn der Unternehmer sie vorformuliert hat und der Verbraucher auf Grund dessen keinen Einfluss auf den Inhalt nehmen konnte. Aus Art. 3 Abs. 2 KlauselRiL ergibt sich ebenfalls nicht, dass die Richtlinie nur anzuwenden ist, wenn der Verbraucher gerade auf Grund der Vorformulierung keinen Einfluss nehmen konnte.<sup>109</sup> Um den Verbraucher zu schützen, ist es vielmehr geboten, den Unternehmer immer dann zu klaren und verständlichen Regelungen anzuhalten, wo der Kunde – gleich aus welchem Grund – keinen Einfluss auf die Formulierung genommen hat.

Inhaltlich ist das Transparenzerfordernis der Richtlinie nach Ansicht des EuGH nicht auf bloße Verständlichkeit in formeller und grammatikalischer Hinsicht beschränkt. Da es auf dem Gedanken beruhe, dass der Verbraucher gegenüber dem Gewerbetreibenden u. a. einen geringeren Informationsstand besitzt, müsse es umfassend verstanden werden. Ein Verbraucher

---

<sup>103</sup> Instruktiv *Leenen*, JURA 2012, 753 (756).

<sup>104</sup> Das würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen, weshalb die folgenden Überlegungen notwendig fragmentarisch sind.

<sup>105</sup> Nach *Ebers*, EuZW 2016, 149 war bislang keine andere verbraucherschützende Richtlinie Gegenstand derart vieler EuGH-Entscheidungen.

<sup>106</sup> EuGH, Urt. vom 30. April 2014 – C-26/13, NJW 2014, 2335 Rz. 48 (Kásler und Káslerné Rábai); für eine Erstreckung des Gebots auch auf solche Bestimmungen aber *Kellner*, RdW 2013, 190 (193).

<sup>107</sup> *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 11 Rz. 4 ff. m. zahlr. N.

<sup>108</sup> Ebenso *Kellner*, RdW 2013, 190 (193)

<sup>109</sup> Vgl. dazu *Pfeiffer*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Art. 3 RiL Rz. 23.



muss die sich daraus für ihn ergebenden wirtschaftlichen Folgen auf der Grundlage genauer und nachvollziehbarer Kriterien absehen können.<sup>110</sup> Es kommt darauf an, ob ein normal informierter, angemessen aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher in Betracht aller einschlägigen Tatsachen die wirtschaftlichen Folgen der Vertragsbestimmung einschätzen. Das entspricht der dargestellten Interpretation zum deutschen Recht (II.1.). Ebenfalls in Übereinstimmung mit der Judikatur des BGH stellt der EuGH bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit i.S.v. Art. 3 KlauselRiL wesentlich darauf ab, ob der Verbraucher anhand klarer und verständlicher Kriterien über die Kosten informiert wird, die mit einer bestimmten Änderung der vertraglichen Leistung verbunden sind.<sup>111</sup> Für die Beurteilung anhand von Art. 3 und 5 KlauselRiL sei es von wesentlicher Bedeutung, ob der Vertrag den Anlass und den Modus der Änderung der Entgelte für die zu erbringende Leistung so transparent darstellt, dass der Verbraucher die etwaigen Änderungen dieser Entgelte anhand klarer und verständlicher Kriterien vorhersehen kann.<sup>112</sup> Demgegenüber ist die Frage, ob der Verweis auf eine gesetzliche Vorschrift den Verständlichkeitsanforderungen genügt (s.o. II.2.), noch ungeklärt.

Das gilt auch für die hier herausgehobene, wichtige Frage, welche Folgen ein Transparenzverstoß hat. Die systematische Stellung der *contra proferentem*-Regel in Art. 5 S. 2 KlauselRiL könnte für die Ansicht sprechen, eine Intransparenz führe gerade nicht zur Missbräuchlichkeit i.S.v. Art. 3 und damit zur Unverbindlichkeit der Bestimmung für den Verbraucher nach Art. 6 Abs. 1 KlauselRiL. Art. 4 Abs. 2 KlauselRiL lässt jedoch erkennen, dass der Mangel an Klarheit und Verständlichkeit einer Regelung doch den Vorwurf der Missbräuchlichkeit nach sich ziehen kann. Hingegen stützt die Norm nicht die Annahme, Unklarheit oder Unverständlichkeit bedeuteten automatisch eine Missbräuchlichkeit, sondern es wird lediglich die Möglichkeit zur Missbrauchskontrolle eröffnet. Sähe man das anders, bliebe für Art. 5 S. 2 KlauselRiL kaum ein Anwendungsbereich, was vor allem deswegen nicht überzeugend wäre, weil es sich systematisch um die genuine Rechtsfolgenanordnung handelt.

### 3. Konsequenzen

Bereits vor knapp 15 Jahren hat *Helmut Heinrichs* auf der Herbstveranstaltung des Deutschen Mietgerichtstages auf die Vorlagepflicht hinsichtlich der Problematik des Verweises auf gesetzliche Vorschriften hingewiesen.<sup>113</sup> Daran hat sich nichts geändert.

Obwohl nach hier vertretener Ansicht aus der KlauselRiL nicht folgt, dass für den Verbraucher unklare oder unverständliche Klauseln stets unverbindlich (nach der Diktion des BGB: unwirksam) sein müssen, ist die Rechtslage doch nicht in einer Weise offenkundig, die vernünftige Zweifel ausschließt. Es lässt sich nämlich i.S.d. *effet utile* und Art. 7 Abs. 1 KlauselRiL in Anlehnung an die Judikatur zur Unzulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion<sup>114</sup> die Ansicht vertreten, von der fehlenden Verbindlichkeit der Klausel für den Verbraucher gehe ein größerer Abschreckungseffekt aus.

---

<sup>110</sup> EuGH, Urt. vom 30. April 2014 – C-26/13, NJW 2014, 2335 Rz. 48 (Kásler und Káslerné Rábai) Rz. 71 ff.

<sup>111</sup> EuGH, Urt. vom 26. April 2012 – C-472/10, ZIP 2012, 2020 Rz. 28 f. (Invitel).

<sup>112</sup> EuGH, Urt. vom 21. März 2013 – C-92/11, NJW 2013, 2253 Rz. 49 (RWE Vertrieb).

<sup>113</sup> *Heinrichs*, NZM 2003, 6 (12 f.).

<sup>114</sup> EuGH, Urt. vom 14. Juni 2012 – C-618/10, NJW 2012, 2257 Rz. 69 (Banco Español de Crédito).

Zu den ungeklärten Fragen gehört schließlich, ob das in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB vorgesehene Kausalitätserfordernis („auf Grund“) genügt, um einen den Vorgaben der Richtlinie entsprechenden Anwendungsbereich (nicht nur) des Transparenzgebots zu gewährleisten.<sup>115</sup> Sicher ist angesichts der genannten Vorschrift, dass das Transparenzgebot nicht nur für AGB i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB Bedeutung hat. Sicher erscheint nach der Judikatur des EuGH (s. IV.2.) ferner, dass im Einzelnen ausgehandelte Vertragsbestimmungen von der Richtlinie nicht erfasst werden. Was aber ist mit Bestimmungen, die zwar nicht vorformuliert wurden, aber gleichwohl auf den Unternehmer zurückgehen, etwa weil bei Vertragsschluss eine regelungsbedürftige Frage auftauchte, für die dieser ad hoc eine Regelung entwirft? Der Verbraucher wird hier oft deswegen keinen Einfluss nehmen können, weil ihm die erforderlichen (rechtlichen) Kenntnisse fehlen, sodass die Voraussetzungen des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB nicht erfüllt sind. Zumindest bei einer schriftlich niedergelegten Klausel sprechen Wortlaut und Zweck der Klauselrichtlinie in derartigen Fällen für eine Anwendung des Transparenzgebots. Auch insoweit kommt Art. 267 Abs. 3 AEUV zum Tragen.

## V. Schluss

Beim Umgang mit dem Transparenzgebot ist sehr viel Fingerspitzengefühl geboten. Der verständliche Wunsch nach Klarheit stößt bereits durch das Medium Sprache oft an seine Grenze. Erläuterungen und Informationen müssen sich ferner im Rahmen halten, weil die Transparenz andernfalls durch den schieren Umfang der Klauselwerke Schaden nimmt. Schließlich ist zu bedenken, dass AGB ein legitimes Instrument zur Wahrnehmung der durch die Privatautonomie verbürgten Freiheit sind, das Unternehmern nicht de facto durch kaum erfüllbare Anforderungen aus den Händen genommen werden darf. Auch der sorgfältigste, auf Ausgleich der Interessen bedachte Ersteller von AGB kann Unklarheiten nicht vermeiden. Und wer selbst einmal einen Vertrag formuliert hat, wird mit etwas Abstand in aller Regel (noch) transparentere Formulierungen finden, getreu dem Motto: Es geht fast immer transparenter! Dies nicht zuletzt, weil das Recht sich ständig weiter entwickelt. Neue Entscheidungen oder Schrifttumsbeiträge wecken die Sensibilität für Probleme, die vorher als solche nicht ausgemacht wurden. Es ist daher stets geboten, die durch eine Intransparenz verursachte unangemessene, gegen Treu und Glauben verstoßende Benachteiligung des Mieters offenzulegen und unter Berücksichtigung der berechtigten Belange des Verwenders und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingehend zu begründen. Die bloße, sich aus mehreren in Betracht kommenden Auslegungsvarianten ergebende Unklarheit und die für den Vertragspartner dadurch entstehende Rechtsunsicherheit rechtfertigen das Unwirksamkeitsverdikt regelmäßig nicht, was § 305c Abs. 2 BGB belegt. Auf der anderen Seite ist das Transparenzgebot in Verbraucherverträgen, zu denen viele Wohnraummietverhältnisse zählen, nicht auf AGB beschränkt, weshalb der – mir vorgegebene – Titel dieses Referats zugegebenermaßen etwas intransparent ist.

---

<sup>115</sup> Dagegen Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 310 Abs. 3 Rz. 24 ff.