

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften im Licht des neuen AGB-Gesetzes

Von Rechtsanwalt Dr. Friedrich GRAF VON WESTPHALEN, Köln

Wronka¹ hat jüngst die Feststellung getroffen, daß die im Anzeigenwesen verwendeten AGB – sie sind als Konditionenempfehlungen beim Bundeskartellamt angemeldet worden – sich „ohne übermäßige Beschwer der Verwender“ inhaltlich den Vorschriften des AGB-Gesetzes anpassen lassen; eine Ausnahme bildet nur die Einbeziehungsregelung für AGB in § 2 AGBG, sofern fernmündliche und schriftliche Vertragsabschlüsse in Rede stehen. Angesichts der überragenden Bedeutung der vom Zentralausschuß der Werbewirtschaft e. V. empfohlenen Konditionen für das gesamte Anzeigengeschäft kann diese allzu pauschale Rechtfertigung der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Anzeigen und Fremdbeilagen in Zeitungen und Zeitschriften“ keineswegs unwidersprochen bleiben. Bei näherem Hinsehen ergeben sich vielmehr aufgrund der Bestimmungen des AGB-Gesetzes eine Fülle von höchst kritischen Ansatzpunkten. Auch das Bundeskartellamt ist aufgerufen, unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs wesentlich mehr als bisher dafür Sorge zu tragen, daß AGB mit dem geltenden Recht in Einklang stehen²; diese Aufgabe ist keineswegs auf die Gerichte beschränkt.

Eine kritische Würdigung muß zunächst im Auge behalten, daß der Typus des Anzeigengeschäftes es mit sich bringt, daß in der Gestaltung der AGB nicht danach differenziert werden kann, ob der Kunde im Einzelfall Kaufmann ist oder nicht. Zwar ließe sich eine solche Unterscheidung im Einzelfall durchaus begründen; aber sie stößt – wie allgemein im Massengeschäft (z. B. Banken, Versicherungen etc.) – auf unüberwindliche Schwierigkeiten. Darin ist Wronka durchaus Recht zu geben³. Dies bedeutet aber, daß die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Anzeigen und Fremdbeilagen in Zeitungen und Zeitschriften“ stets an den zwingenden Vorschriften der §§ 10 und 11 AGBG zu prüfen sind, während bei Verwendung derartiger AGB gegenüber Kaufleuten gemäß § 24 Satz 1 AGBG lediglich eine am Einzelfall gemäß § 9 AGBG orientierte Prüfung der Wirksamkeit einer AGB-Klausel stattfinden würde. Freilich sind darüber hinaus auch die Vorschriften der §§ 2 ff. AGBG jeweils kritisch zu berücksichtigen. Im einzelnen ergibt sich folgendes Bild:

1. Nr. 2 der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Anzeigen und Fremdbeilagen in Zeitungen und Zeitschriften“ (Anzeigen-AGB) lautet in der vom Zentralausschuß der Werbewirtschaft e. V. (Januar 1976) dem Bundeskartellamt unterbreiteten Fassung:

„Anzeigenaufträge sind im Zweifel innerhalb eines Jahres nach Vertragsabschluß abzuwickeln. Ist im Rahmen eines Abschlusses das Recht zum Abruf einzelner Anzeigen eingeräumt, so ist der Auftrag innerhalb eines Jahres seit Erscheinen der ersten Anzeige abzuwickeln, sofern die erste Anzeige innerhalb der in Satz 1 genannten Frist abgerufen und veröffentlicht wird.“

Satz 1 verstößt im nicht-kaufmännischen Verkehr zweifelsfrei gegen § 10 Nr. 1 AGBG und ist deswegen unwirksam: Die hier vorgesehene Leistungszeit von einem Jahr ab Vertragsabschluß ist in jedem Fall „unangemessen lang“ im Sinn von § 10 Nr. 1 AGBG. Diese Leistungsfrist kann zur Leistungsverzögerung mißbraucht werden⁴. Bei der nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG gebotenen Berücksichtigung der Wertung von § 271 BGB bedeutet dies darüber hinaus, daß Nr. 2 Satz 1 Anzeigen-AGB auch im kaufmännischen Bereich gemäß § 24 Satz 1 AGBG unwirksam ist; denn die Abweichung zwischen der gesetzlichen Grundnorm für die Leistungszeit (§ 271 BGB) einerseits und Nr. 2 Satz 1 Anzeigen-AGB andererseits ist derart, daß diese AGB-Klausel mit der BGB-Wertung unvereinbar ist. Die gleichen Überlegungen gelten auch für die Beurteilung von Nr. 2 Satz 2 Anzeigen-AGB, und zwar sowohl im nicht-kaufmännischen als auch im kaufmännischen Bereich: Obwohl dem Kunden hier das Recht zum Abruf einzelner Anzeigen eingeräumt ist, muß die dem AGB-Verwender vorbehaltene Leistungsbestimmungszeit als unangemessen lang im Sinn von § 10 Nr. 1 AGBG angesehen werden – eine Rechtsfolge, die im kaufmännischen Verkehr unter Berücksichtigung der mittelbaren Wertung von § 10 Nr. 1 AGBG gemäß § 24 Satz 2 AGBG identisch ist.

2. In den gleichen Problembereich ist Nr. 6 der Anzeigen-AGB einzuordnen – ein Gesichtspunkt, auf den Wronka⁵ nicht näher eingeht, weil er diese Vorschrift lediglich unter der – zugegebenermaßen auch vorhandenen – Problematik von § 4 AGBG wertet. Nr. 6 der Anzeigen-AGB lautet:

„Für die Aufnahme von Anzeigen in bestimmten Nummern, bestimmten Ausgaben oder an bestimmten Plätzen der Druckschrift wird keine Gewähr geleistet, es sei denn, daß der Auftraggeber die Gültigkeit des Auftrages ausdrücklich davon abhängig gemacht hat.“

Diese Bestimmung ist zunächst unklar im Sinn von § 5 AGBG; denn sie enthält einen Gewährleistungsausschluß, obwohl offensichtlich der Ausschluß von Schadensersatzansprüchen, nicht aber der Gewährleistungsbereich der §§ 459 ff., 633 ff. BGB tangiert ist. Legt man daher diese Haftungsfreizeichnungsklausel entsprechend der BGH-Rechtsprechung eng aus⁶, so würde dieser Gewährleistungsausschluß überhaupt nur die Fälle erfassen, in denen eine Haftung ohne Verschulden besteht⁷. Mit anderen Worten: Die BGH-Rechtsprechung⁸ läßt erkennen, daß derartige Fassungen von Haftungsfreizeichnungsklauseln restriktiv in dem Sinn ausgelegt werden, daß sehr wohl eine Haftung für die Fälle besteht, in denen ein Vertreten-müssen gegeben ist. Teilt man diese Auffassung nicht, so ist jedenfalls Nr. 6 Anzeigen-AGB gemäß § 10 Nr. 1 AGBG deswegen unwirksam, weil infolge des „Gewährleistungsausschlusses“ eine nicht hinreichend bestimmte Frist zur Leistungserbringung vorgesehen ist. Daß dies im Sinn von § 9 AGBG eine unangemessene Regelung ist, wird schon daraus ersichtlich, daß der Kunde – z. B. bei den allermeisten Familienanzeigen – ein erhebliches, schutzwürdiges Interesse daran hat, daß seine Anzeige in einer ganz bestimmten Nummer, vor allem aber in der für seinen Bezirk bestimmten Ausgabe der Zeitung/Zeitschrift erscheint. Das gleiche gilt grundsätzlich im kaufmännischen Bereich gemäß § 24 Satz 2 AGBG: Gemessen an § 271 BGB stellt sich Nr. 6 Anzeigen-AGB als unangemessene Benachteiligung des Kunden im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG dar (z. B. bei einer Anzeige betreffend Wiedereröffnung des Geschäfts nach Abschluß der Betriebsferien etc.).

Regelmäßig dürfte es aber auf eine Unwirksamkeit von Nr. 6 Anzeigen-AGB gemäß § 10 Nr. 1 AGBG (bzw. im kaufmännischen Bereich gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG) in diesem Zusammenhang gar nicht mehr ankommen, weil diese Klausel in der Regel bereits am Vorrangprinzip von § 4 AGBG – und zwar sowohl im kaufmännischen wie im nicht-kaufmännischen Bereich – scheitert. Für den praktisch sicherlich seltenen Fall, daß der Kunde „die Gültigkeit des Auftrages ausdrücklich davon abhängig“ macht, daß seine Anzeige in einer bestimmten Nummer der Zeitung erscheint, sieht Nr. 6 Anzeigen-AGB dies bereits vor: Mit Hilfe eines gewöhnlichen Auslegungsschlusses ergibt sich nämlich, daß in diesen Fällen eine Haftung des AGB-Verwenders für den Fall der Nichteinhaltung der Zusage besteht. In der Praxis dürften aber die Fälle sehr viel häufiger sein, in denen eine derartige ausdrückliche Bedingung nicht vorliegt, in denen vielmehr der Kunde schriftlich, fernmündlich oder in der Geschäftsstelle des AGB-Verwenders die Anzeige in der berechtigten Annahme aufgibt, sein Placierungs- und Terminwunsch werde berücksichtigt. In diesen Fällen wird man daher grundsätzlich davon ausgehen können, daß eine bestimmte Leistungszeit ausdrücklich oder stillschweigend individuell vereinbart worden ist. Trifft dies zu, so scheitert die Enthaltungsklausel gemäß Nr. 6 Anzeigen-AGB bereits am Vorrangprinzip von § 4 AGBG, weil die Freizeichnungsklausel im unmittelbaren

1 Wronka, BB 1976 S. 1580 f.

2 Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGB-Kommentar, Vorbem. vor §§ 8–11 Rdnr. 45.

3 Wronka, BB 1976 S. 1580, 1581.

4 Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, a.a.O., § 10 Nr. 1 Rdnr. 1; Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, § 10 Nr. 1 Rdnr. 13.

5 Wronka, a.a.O., S. 1582 f.

6 Ständige Rechtsprechung seit BGH, 12. 2. 1952, BGHZ 5 S. 111 ff. = BB 1952 S. 329; vgl. Schmidt-Salzer, AGB, 1971, Rdnrn. 119 ff.; vgl. auch Palandt/Heinrichs, § 276 BGB Anm. 5 B a a mit weiteren Nachweisen.

7 Ausgenommen wäre insoweit nur eine Haftung gemäß § 635 BGB; vgl. im übrigen auch BGH, 24. 11. 1976, BB 1977 S. 162 ff. mit Anmerkung von Graf von Westphalen, BB 1977 S. 313 f.

8 Vgl. Fußnote 6; für die Parallelproblematik bei § 17 ADSP vgl. im einzelnen Helm in RGRK-HGB, zu § 17 ADSP (Anhang I zu § 415 HGB mit weiteren Nachweisen).

Widerspruch zum Individualvertrag steht⁹. Das Vorrangprinzip von § 4 AGBG erfordert also keineswegs – wie Wronka zu meinen scheint¹⁰ –, daß eine ausdrücklich erklärte Bedingung (offenbar im Sinn von § 158 BGB) Voraussetzung dafür ist, daß ein unmittelbarer Widerspruch zwischen Individualvertrag einerseits und AGB-Klausel andererseits bejaht werden kann.

3. Abhängig vom Einzelfall kann Nr. 8 Anzeigen-AGB u. a. gegen § 10 Nr. 3 AGBG verstoßen. Nr. 8 Anzeigen-AGB lautet insoweit:

„Der Verlag behält sich vor, Anzeigenaufträge – auch einzelne Abrufe im Rahmen eines Abschlusses – und Beilagenaufträge wegen des Inhalts, der Herkunft oder der technischen Form nach einheitlichen Grundsätzen des Verlages abzulehnen. Dies gilt auch für Aufträge, die an den Schaltern der Geschäftsstellen, bei Annahmestellen oder bei Vertretern aufgegeben werden.“

Unbedenklich wäre diese Klausel, sofern lediglich die Annahme eines Angebots im Sinn von § 145 BGB vom AGB-Verwender abgelehnt würde. Dies aber ist offenbar nicht gewollt, weil von „Anzeigenaufträgen“ die Rede ist. So gesehen läuft aber diese Klausel praktisch darauf hinaus, daß der AGB-Verwender bestimmte Anzeigenaufträge wegen ihres Inhalts etc. – offenbar unter Freizeichnung von jedweden Schadensersatz – „ablehnt“, obwohl regelmäßig die Gründe hierfür bereits bei Vertragsabschluß vorlagen, wie z. B. inhaltliche Widersprüchlichkeit zwischen dem Anzeigentext und der sonstigen Haltung des Blattes. Dann aber bedeutet Nr. 8 Anzeigen-AGB im Ergebnis eine Freizeichnung für anfängliches Unvermögen. Da die Rechtsprechung in diesen Fällen eine Garantiehaft des AGB-Verwenders bejaht¹¹, ist eine Haftungsfreizeichnung hiervon in AGB unwirksam: Sie verstößt gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG¹². Deshalb ist dieser Fall auch von § 10 Nr. 3 AGBG nicht erfaßt¹³. Vielmehr können nur solche Gründe zur Rechtfertigung eines Rücktrittsrechts – ein Ablehnungsrecht eines Auftrags ist der BGB-Terminologie fremd – herangezogen werden, die nicht schon bei Entstehung des Schuldverhältnisses vorhanden waren. Bejaht man diese Sicht nicht, so ist zu prüfen, ob nicht im Einzelfall Nr. 8 Anzeigen-AGB gegen § 10 Nr. 3 AGBG verstößt, weil die Ablehnung eines Anzeigenauftrages „nach einheitlichen Grundsätzen des Verlages“ zwar eine Diskriminierung gemäß § 26 GWB auszuschalten in der Lage ist, aber der gemäß § 10 Nr. 3 AGBG im Sinn des Schutzes des AGB-unterworfenen Kunden erforderlichen Konkretisierung ersichtlich ermangelt („im Vertrag angegebener Grund“). Der AGB-unterworfene Kunde kennt die „einheitlichen Grundsätze“ des AGB-Verwenders nicht; er braucht sie auch nicht zu kennen, so daß – in dieser Perspektive – im Einzelfall Nr. 8 Anzeigen-AGB auch zusätzlich nach § 3 AGBG als überraschende Klausel zu beanstanden sein kann. Dann würde sie überhaupt nicht wirksam in das Vertragsverhältnis zwischen AGB-Verwender und Kunde einbezogen.

Diese Überlegungen gelten auch im kaufmännischen Verkehr gemäß § 24 Satz 2 AGBG, weil diese Klausel eine unangemessene Benachteiligung im Sinn von § 9 AGBG zu Lasten des AGB-unterworfenen Kunden enthält: Will der AGB-Verwender – was durchaus verständlich und legitim ist – sich vor unwillkommenen oder technisch unvollkommenen Anzeigenaufträgen wirksam schützen, so kann er dies in unbedenklicher Weise dadurch erreichen, daß er bei der Annahme des Angebots die erforderliche Sorgfalt obwalten läßt und ggf. die Annahme einer Offerte ablehnt. Dies würde allerdings voraussetzen, daß die „an den Schaltern der Geschäftsstelle, bei Annahmestellen oder bei Vertretern“ tätigen Personen erkennbar keine Abschlußvollmacht haben. Soweit aber eine – wenn auch nur stillschweigend erteilte – Abschlußvollmacht zu bejahen ist, wirkt sich nämlich das in Nr. 8 Satz 2 Anzeigen-AGB enthaltene Ablehnungsrecht praktisch als Widerruf der Abschlußvollmacht (Anscheins- oder Duldungsvollmacht) aus. Der Widerruf einer Vollmacht in AGB scheidet jedoch wegen des mittelbaren Widerspruchs zum individualvertraglichen Verhalten an § 4 AGBG¹⁴. Deshalb: Will der AGB-Verwender sich im Sinn von Nr. 8 Anzeigen-AGB wirksam schützen, so kann er dies nur dadurch, daß er individualvertraglich die Abschlußvollmacht seiner Vertreter und Erfüllungsgehilfen abbedingt¹⁵.

4. Schwerwiegenden Bedenken begegnet schließlich auch Nr. 10 Anzeigen-AGB; diese Bestimmung lautet:

„Der Auftraggeber hat bei ganz oder bei teilweise unleserlichem, unrichtigem oder unvollständigem Abdruck der Anzeige Anspruch auf Zahlungsminderung oder eine Ersatzanzeige, aber nur in dem Ausmaß, in dem der Zweck der Anzeige beeinträchtigt wurde. Weitergehende Haftungen für den Verlag sind ausgeschlossen.“

Reklamationen müssen innerhalb 4 Wochen nach Eingang von Rechnungen und Beleg geltend gemacht werden.

Für Fehler jeder Art aus telefonischen Übermittlungen übernimmt der Verlag keine Haftung.“

a) Wronka ist der Auffassung¹⁶, daß diese Fassung „an sich dem kommenden AGB-Gesetz“ (§ 11 Nr. 10 b AGBG) genügt. Dies trifft nicht zu. Vielmehr ist es eine Wirksamkeitsvoraussetzung von § 11 Nr. 10 b AGBG, daß der AGB-Verwender in seiner Klausel dem AGB-unterworfenen Kunden „ausdrücklich“ das Recht vorbehält, bei Fehlschlagen der Nachbesserung/Ersatzlieferung Herabsetzung der Vergütung oder Wandlung zu verlangen. Wronka meint nun, etwa im Rahmen von § 11 Nr. 10 b AGBG bei einer erneut fehlerhaften Ersatzanzeige noch vorhandene Bedenken dadurch auszuräumen zu können, daß vor das Wort „Ersatzanzeige“ in Nr. 10 Satz 1 Anzeigen-AGB das Wort „einwandfrei“ gesetzt wird. Dies ist aber nicht mehr als eine kosmetische Korrektur. Wie sich aus der Begründung des Regierungsentwurfs¹⁷ eindeutig ergibt, müssen nämlich die Gewährleistungsrechte des AGB-unterworfenen Kunden im Fall eines Fehlschlagens der Ersatzlieferung nicht nur ausdrücklich vorgesehen werden; erforderlich ist vielmehr – und darauf kommt es entscheidend an –, daß der AGB-unterworfene Kunde in die Lage versetzt wird, seine ihm in diesen Fällen zustehenden Rechte auch außergerichtlich geltend zu machen. Dazu aber ist er nur dann in der Lage, wenn die von der Rechtsprechung des BGH¹⁸ bisher entwickelten Voraussetzungen eines Fehlschlagens der Nachbesserung/Ersatzlieferung in der jeweiligen AGB-Klausel im einzelnen aufgeführt werden. Diese Voraussetzungen werden nicht schon dadurch erfüllt, daß der Kunde eine „mehrmalige“ Ersatzlieferung/Ersatzanzeige fordern kann¹⁹, da es der herrschenden Meinung entspricht, daß der AGB-unterworfene Kunde sich lediglich auf eine Ersatzlieferung/Ersatzanzeige einzulassen braucht, bevor er weitergehende Rechte geltend machen kann²⁰. Nicht unbedenklich ist es schließlich, wenn Wronka²¹ dem AGB-unterworfenen Kunden nur dann ein Rücktrittsrecht im Sinn von § 11 Nr. 10 b AGBG einräumen will, wenn der AGB-Verwender eine ihm gesetzte „angemessene Nachfrist“ verstreichen hat lassen. Zwar wird diese an §§ 325, 326 BGB angelehnte Auffassung für den Nachbesserungsanspruch vertreten²²; doch ist bei einer Ersatzlieferung eine an § 634 BGB ausgerichtete Lösung vorzuziehen²³: Es kommt bei einer Ersatzlieferung auf eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung an, nicht aber auf eine Nachfristsetzung im Sinn der §§ 325, 326 BGB, zumal ein Anzeigenauftrag als Werkvertrag im Sinn der §§ 631 ff. BGB zu qualifizieren ist²⁴.

b) Unwirksam ist auch Nr. 10 Satz 2 Anzeigen-AGB, weil die Grenzen von § 11 Nr. 10 e AGBG nicht beachtet sind. Ausschlussfristen dieser Art können in AGB nur für die Fälle wirksam vereinbart werden, daß offensichtliche Mängel ge-

⁹ Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGB-Kommentar, § 4 Rdnrn. 16 ff.

¹⁰ Wronka, a.a.O.

¹¹ Statt aller Palandt/Heinrichs, § 306 BGB Anm. 3.

¹² Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGB-Kommentar, § 9 Rdnr. 30.

¹³ Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGB-Kommentar, § 10 Nr. 3 Rdnr. 13.

¹⁴ Im einzelnen Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGB-Kommentar, § 4 Rdnr. 30.

¹⁵ Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner (Fußnote 13).

¹⁶ Wronka, BB 1976 S. 1582.

¹⁷ Begründung des Regierungsentwurfs im Bundestags-Drucks. 7/3919 S. 34 f.

¹⁸ BGH, 29. 10. 1956, BGHZ 22 S. 90 ff. = BB 1956 S. 1121; BGH, 24. 6. 1974, WM 1974 S. 843.

¹⁹ So aber Wronka, a.a.O.

²⁰ Palandt/Putzo, Vorbem. 4 zu § 459 BGB; Schmidt-Salzer, NJW 1969 S. 718, 721; so auch Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, § 11 Nr. 10 Rdnr. 45.

²¹ A.a.O.

²² Karstendiek, Anmerkung zu OLG Bremen, 7. 3. 1975, BB 1975 S. 397; BGH, 11. 6. 1970, BB 1970 S. 896 = NJW 1970 S. 1502; Palandt/Putzo, § 462 BGB Anm. 1 b – alle aber nur für den Nachbesserungsanspruch; so aber Kirchhof, NJW 1970 S. 2052 ff.

²³ Soergel/Ballerstedt, § 634 BGB Anm. 1; so auch Stötter, DB 1969 S. 647, 649.

²⁴ Palandt/Thomas, Vorbem. 5 vor § 631 BGB; Staudinger/Riedel, § 631 BGB Anm. 3.

geben sind. Zwar wird dies regelmäßig der Fall sein, doch kommt es im Rahmen von § 11 Nr. 10 e AGBG nicht auf den Einzelfall an. Vielmehr müssen AGB-Klauseln – um wirksam zu sein – am zwingenden Verbotskatalog von § 11 AGBG ausgerichtet werden.

c) Unwirksam gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG ist indessen auch Nr. 10 Satz 3 Anzeigen-AGB. Die totale Freizeichnung für „Fehler jeder Art aus telefonischen Übermittlungen“ verstößt gegen grundlegende Organisations- und Kardinalpflichten des AGB-Verwenders, weil dem AGB-unterworfenen Kunden auch das Empfangsrisiko von Willenserklärungen überwälzt wird; darin liegt eine unangemessene Benachteiligung des AGB-unterworfenen Kunden. Der Verwender profitiert im übrigen mindestens ebenso von der Möglichkeit telephonischer Anzeigenaufgaben wie der Kunde. Es führt kein Weg daran vorbei: Die grundlegende Wertung der §§ 130 ff. BGB ist auch in AGB-Klauseln zu beachten. Sind empfangsbedürftige Willenserklärungen zugegangen, was der Erklärende beweisen muß, dann trägt der Empfänger das ihn treffende Risiko, sich ggf. geirrt zu haben; dafür kennt das BGB dann das Anfechtungsrecht gemäß §§ 119 ff. BGB. Folglich ist Nr. 10 Satz 3 Anzeigen-AGB auch unter Berücksichtigung von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam.

d) Die Ausführungen zu a und c gelten auch uneingeschränkt für den kaufmännischen Verkehr. Bei Nr. 10 Satz 1 Anzeigen-AGB ist vor allem entscheidend, daß Rechte auf Zahlungsminderung oder Ersatzlieferung/Ersatzanzeige „nur in dem Ausmaß“ eingeräumt werden, „in dem der Zweck der Anzeige beeinträchtigt wurde“. Damit aber wird ein Kriterium in die Bewertung einbezogen, das dem Gewährleistungsrecht der §§ 633 ff. BGB fremd ist: Entscheidend ist danach allein das Vorhandensein eines Fehlers oder das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft; auf weitere Erfordernisse kommt es nicht an, so daß schon darin ein Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG im Regelfall zu sehen ist, sofern daraus eine unangemessene Benachteiligung des Kunden resultiert. Da für die Beurteilung von § 10 Abs. 3 Anzeigen-AGB ausschließlich auf § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG abgestellt wurde, gilt diese Wertung uneingeschränkt gemäß § 24 Satz 1 AGBG auch im kaufmännischen Verkehr.

5. Zweifelsfrei unwirksam ist die in Nr. 10 Abs. 1 Satz 2 Anzeigen-AGB enthaltene Freizeichnungsklausel: „Weitergehende Haftungen für den Verlag sind ausgeschlossen“. Diese Klausel verstößt in mehrfacher Hinsicht gegen Bestimmungen des AGBG. Zunächst ist diese Haftungsfreizeichnung an § 11 Nr. 11 AGBG zu messen und immer dann unwirksam, wenn eine Eigenschaftszusicherung im nicht-kaufmännischen Verkehr gegeben ist. Noch entscheidender ist aber, daß diese Klausel gegen § 11 Nr. 7 AGBG verstößt, weil sie auch eine Haftungsfreizeichnung für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit enthält. Insoweit stimme ich Wronka uneingeschränkt zu²⁴. Auch im Bereich von § 24 Satz 1 AGBG ist diese Haftungsfreizeichnung regelmäßig zu beanstanden.

Für den Fall von Zusicherungserklärungen und – ganz allgemein: von individualvertraglichen Abreden – ist jedoch im kaufmännischen Verkehr in diesen Fällen wegen der Einschränkung von § 24 Satz 1 AGBG in erster Linie auf § 4 AGBG zurückzugreifen: Stehen individualvertragliche Zusagen, Zusicherungen etc. im Widerspruch zu Haftungsfreizeichnungsklauseln, so scheitern letztere am Vorrangprinzip der Individualabrede, sofern durch sie Sinn und Zweck der Individualabrede ausgehöhlt und praktisch entwertet wird. Soweit jedoch der Tatbestand von § 11 Nr. 7 AGBG in Rede steht, verstößt regelmäßig eine Haftungsfreizeichnungsklausel im kaufmännischen Verkehr gegen § 9 Abs. 1 AGBG, weil der AGB-unterworfene Kunde durch eine derartige Haftungsfreizeichnungsklausel unangemessen benachteiligt wird, wenn im Herrschafts- und Organisationsbereich des AGB-Verwenders in grob fahrlässiger Weise ein Schaden gestiftet wird, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung, Gewährleistung, Delikt oder aus culpa in contrahendo handelt²⁵.

6. Unwirksam gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB ist auch Nr. 14 Anzeigen-AGB; diese Bestimmung lautet:

„Bei Zahlungsverzug oder Stundung werden Verzugszinsen laut Preisliste sowie die Einziehungskosten berechnet. Der Verlag kann bei Zahlungsverzug die weitere Ausführung des laufenden Auftrages bis zur Bezahlung zurückstellen und für die restlichen Anzeigen Vorauszahlung verlangen ...“

Die hier vorgesehenen Rechte des AGB-Verwenders sind mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nicht in Einklang zu bringen. Die bei Zahlungsverzug dem AGB-Verwender zustehenden Rechte ergeben sich aus §§ 286, 326 BGB. Ein Leistungsverweigerungsrecht kommt danach ebensowenig in Betracht wie das Recht, Vorauskasse zu verlangen. Deshalb ist diese Kumulierung von Ansprüchen, die nicht in den einschlägigen BGB-Vorschriften vorgesehen sind, eine unangemessene Benachteiligung des AGB-unterworfenen Kunden im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG. Ein etwaiges Leistungsverweigerungsrecht des AGB-Verwenders ist vielmehr an die engen Voraussetzungen von § 321 BGB geknüpft, die regelmäßig bei einfachem Zahlungsverzug nicht vorliegen. Zusätzlich dürfte das Recht, Vorauskasse zu verlangen, am Vorrangprinzip des § 4 AGBG scheitern.

7. Entschieden zu widersprechen ist Wronka, wenn er im einzelnen zu begründen versucht, daß § 2 AGBG auf Vertragsabschlüsse über eine Anzeigenpublikation nicht anzuwenden ist, daß vielmehr künftig Entscheidungen „praeter legem“ erforderlich sind, um den Verlagen das existenznotwendige Anzeigengeschäft zu erhalten. Zuzugeben ist Wronka, daß – wie auch allgemein anerkannt ist²⁶ – die Voraussetzung von § 2 AGBG auf Fälle des fernmündlichen Vertragsabschlusses unter Zugrundelegung von AGB nicht recht passen, weil es in diesen Fällen dem AGB-Verwender schlechterdings nicht zuzumuten ist, den AGB-unterworfenen Kunden bei Vertragsabschluß nicht nur auf die Verwendung seiner AGB hinzuweisen, sondern ihm gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 auch die Möglichkeit zu verschaffen, von deren Inhalt in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen, damit durch das Einverständnis die AGB einbezogen werden. Für den schriftlichen Abschluß eines Anzeigenvertrages jedoch auf die Einhaltung der Voraussetzungen von § 2 AGBG insgesamt zu verzichten und statt dessen an die alte Theorie des Rechnen-müssens wieder anzuknüpfen, würde aber bedeuten, daß ein ganz wesentliches Anliegen des Gesetzgebers bei Schaffung des AGB-Gesetzes unterlaufen würde: Die rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen des Einbeziehungsvertrages gemäß § 2 AGBG als Mindestmaß zum Schutz des AGB-unterworfenen Kunden zu beleben²⁷. Ausnahmen hiervon können schlechterdings nicht zugelassen und toleriert werden, weil sonst die akute Gefahr bestände, daß das gesamte Massengeschäft wiederum – wie bisher – mit AGB-Klauseln arbeitet, die dem Kunden bei Vertragsabschluß nicht einmal zur Kenntnis gebracht werden müssen, weil es nach bisheriger Rechtsprechung ja ausreicht, wenn der Kunde damit rechnen mußte, daß sein Vertragspartner beim Vertragsabschluß AGB verwendet. Ohnedies ist die „Verlustliste des Verbraucherschutzes“ in § 23 Abs. 2 und Abs. 3 AGBG lang genug; die Verlage sind dort nicht erwähnt, es besteht auch kein Anlaß, ihre Geschäfte von der unbedingten Geltung von § 2 AGBG nachträglich auszunehmen. Schließlich hat es der Verlag in der Hand, eine schriftlich ihm unterbreitete Offerte zum Abschluß eines Anzeigenvertrages ohne Einbeziehung seiner AGB anzunehmen oder – was praktisch seltener vorkommen dürfte – den Vertrag erst dann als wirksam abgeschlossen anzusehen, wenn die Anzeigen-AGB zweifelsfrei gemäß § 2 AGBG einbezogen worden sind.

Da aber die wesentlichen haftungsbegrenzenden Klauseln in den Anzeigen-AGB – wie gezeigt – gegen Bestimmungen des AGB-Gesetzes verstoßen und daher unwirksam sind, macht es zumindest solange keinen entscheidenden Unterschied, ob die Verlage ihre Anzeigenaufträge zu den jetzt üblichen Bedingungen oder nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften kontrahieren, bevor nicht neue wirksame AGB-Klauseln, die mit den Bestimmungen des AGB-Gesetzes zweifelsfrei vereinbart werden können, geschaffen und als Konditionenempfehlung dem Bundeskartellamt unterbreitet sind. Denn die jetzige Fassung der Anzeigen-AGB hat vermutlich keine Aussicht, vom Bundeskartellamt hingenommen zu werden, sofern dieses – was geboten und erforderlich ist – die Bestimmungen des AGB-Gesetzes im Blick auf das Inkrafttreten am 1. 4. 1977 unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs (§ 38 Abs. 3 GWB) zutreffend berücksichtigt.

²⁴ Wronka, BB 1976 S. 1582.

²⁵ So auch Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, § 11 Nr. 7 Rdnrn. 30 ff.

²⁶ Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGB-Kommentar, § 2 Rdnrn. 16.

²⁷ Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, a.a.O., § 2 Rdnrn. 1 f.