

**Dokumentnummer:** 8zr48\_05  
**letzte Aktualisierung:** 26.10.2005

**BGH**, 26.10.2005 - VIII ZR 48/05

AGBG § 11 Nr. 14 Buchst. a, BGB §§ 307 Abs. 3 S. 2, 309 Nr. 11 Buchst. A; AGBG § 8; AGBG § 9 Abs. 1 Bm, Cl

**Transparenzkontrolle galt auch vor Schuldrechtsreform für Hauptleistungsbestimmung durch AGB**

§ 11 Nr. 14 a AGBG betrifft nicht den Fall, dass der Geschäftsführer einer GmbH für diese einen Franchisevertrag abschließt und zugleich als Gesellschafter im eigenen Namen eine Mithaftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus dem Franchisevertrag übernimmt (Fortführung des Senatsurteils vom 23. März 1988 – VIII ZR 175/87, BGHZ 104, 95).

§ 8 AGBG steht einer nach § 9 Abs. 1 AGBG erfolgenden Transparenzkontrolle einer Hauptleistungsbestimmung nicht entgegen.

Zu den Anforderungen an die Transparenz einer Garantie der Gesellschafter einer GmbH für deren Verpflichtungen aus einem Franchisevertrag.



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 48/05

Verkündet am:  
26. Oktober 2005  
Kirchgeßner,  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk:      ja

BGHZ:                  ja

BGHR:                ja

AGBG § 11 Nr. 14 Buchst. a, BGB § 309 Nr. 11 Buchst. a  
§ 11 Nr. 14 a AGBG betrifft nicht den Fall, dass der Geschäftsführer einer GmbH für diese einen Franchisevertrag abschließt und zugleich als Gesellschafter im eigenen Namen eine Mithaftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus dem Franchisevertrag übernimmt (Fortführung des Senatsurteils vom 23. März 1988 – VIII ZR 175/87, BGHZ 104, 95).

AGBG § 8  
§ 8 AGBG steht einer nach § 9 Abs. 1 AGBG erfolgenden Transparenzkontrolle einer Hauptleistungsbestimmung nicht entgegen.

AGBG § 9 Abs. 1 Bm, Cl  
Zu den Anforderungen an die Transparenz einer Garantie der Gesellschafter einer GmbH für deren Verpflichtungen aus einem Franchisevertrag.

BGH, Urteil vom 26. Oktober 2005 - VIII ZR 48/05 - OLG Hamm

LG Detmold

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 2005 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Leimert, Wiechers, Dr. Frellesen sowie die Richterin Hermanns für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. November 2004 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Beklagten waren die Gesellschafter und die Beklagte zu 1 zugleich die Alleingeschäftsführerin der S. GmbH, die im Juni 1999 mit der Klägerin einen Franchisevertrag über den Betrieb eines B. Restaurants in B. abschloss. Dieser Vertrag weist auf dem Deckblatt die Klägerin und die S. GmbH als Vertragspartner aus und enthält unter anderem folgende Regelungen:

**2. Gewährung eines Franchiserechts; Laufzeit der Vereinbarung**

- (1) B. (Klägerin) gewährt dem Franchisenehmer ... das Recht, das B. System und die B. Marken nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Vertrages für den Betrieb eines B. Restaurants an dem in Anlage 2 bezeichneten Standort zu nutzen.

(2) Diese Vereinbarung hat eine Laufzeit von zwanzig (20) Jahren und tritt mit der Eröffnung des an dem Standort vorhandenen Franchise-Restaurants in Kraft.

...

## **9. Gebühren und Werbekostenbeiträge**

### **(1) Royalties**

Der Franchisenehmer verpflichtet sich, an B. als Gegenleistung für die Benutzung der B. Marken und des B. Systems eine prozentuale Gebühr, bezogen auf den in dem im Franchise-Restaurant erzielten Umsatz zu zahlen. Der Prozentsatz der Gebühr ist in Anlage 3 zu dieser Vereinbarung bezeichnet. Der Franchisenehmer verpflichtet sich, bis zum fünfzehnten (15.) Tag eines jeden Monats B. den Umsatz des Vormonats eines jeden Restaurants originalschriftlich zu melden und - hierauf basierend - zusammen mit dieser Meldung die Royaltyzahlung für den Vormonat zu leisten. ...

### **(2) Werbung und Verkaufsförderung**

Der Franchisenehmer verpflichtet sich, an B. oder an einen von B. zu bestimmenden Dritten als Werbekostenbeitrag einen prozentualen Betrag, bezogen auf den im Franchise-Restaurant erzielten Umsatz zu zahlen. Der Prozentsatz ist ebenfalls in Anlage 3 zu dieser Vereinbarung bezeichnet. Dieser Werbekostenbeitrag ist in gleicher Weise wie die Royalties gemäß vorstehender Ziff. 9 (1) zu ermitteln und zu entrichten. ...

...

## **16. Verpflichtungen der Gesellschafter**

(1) Alle Gesellschafter des Franchisenehmers - mehrere als Gesamtschuldner - stehen für die vollständige und rechtzeitige Erfüllung aller aus dieser Vereinbarung und seiner Beendigung resultierenden Zahlungsverpflichtungen des Franchisenehmers garantiemäßig ein.

(2) Alle Verpflichtungen bzw. Zusicherungen nach Regelungen dieses Franchisevertrages, insbesondere solche nach Ziff. 4 (2), Ziff. 11, Ziff. 12 und Ziff. 15 (7) gelten für den vorstehend in Absatz (1) genannten Personenkreis entsprechend.

2

Nach Anlage 3 zum Vertrag beträgt die Höhe der Franchisegebühren (Ziff. 9 (1)) und des Werbekostenzuschusses (Ziff. 9 (2)) jeweils 5 %. Der Vertrag ist außer von der Klägerin unterzeichnet zum einen von der Beklagten zu 1

mit dem Zusatz S. GmbH auf der Unterschriftenzeile "Franchisenehmerin" und zum anderen von allen drei Beklagten jeweils auf den Unterschriftenzeilen "Gesellschafter des Franchisenehmers".

3 Dem Vertragsschluss vorausgegangen war im Dezember 1998 der Abschluss einer Reservierungsvereinbarung für einen Zielstandort zwischen der Klägerin, der S. GmbH i. G. als sogenannter Entwicklerin und den Beklagten sowie einem weiteren Gesellschafter, der anschließend aus der Gesellschaft ausschied. In Ziff. 11.2 dieser Vereinbarung hatten sich die Gesellschafter verpflichtet, auf Verlangen eine Garantie in Bezug auf die franchisevertraglichen Verpflichtungen des Entwicklers abzugeben, insbesondere in Bezug auf Zahlungs- oder Vertraulichkeitsverpflichtungen sowie die Verpflichtungen aus einem Wettbewerbs- oder Anteilsveräußerungsverbot.

4 Das B. Restaurant wurde von der S. GmbH auf einem von der V. GmbH & Co. KG, an der im wesentlichen der Beklagte zu 2 beteiligt war, angemieteten Grundstück errichtet und am 30. Juni 1999 eröffnet. Da sich die Umsätze des Restaurants nicht wie erhofft entwickelten, geriet die S. GmbH Anfang des Jahres 2001 in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Die V. kündigte deshalb den Mietvertrag zum 31. März 2001. Daraufhin stellte die S. GmbH den Betrieb des Restaurants zum 15. Mai 2001 ein. Die Eröffnung eines kurz darauf beantragten Insolvenzverfahrens über das Vermögen der S. GmbH wurde im Juli 2001 mangels Masse abgelehnt.

5 Die Klägerin nimmt die Beklagten aufgrund von deren Einstandspflicht nach Ziff. 16 des Franchisevertrages als Gesamtschuldner auf Schadensersatz in Höhe der ihr in der Zeit zwischen der Betriebseinstellung und dem Ende der vertraglichen Laufzeit (30. Juni 2019) entgehenden Franchisegebühren und

Werbekostenzuschüsse in Anspruch. Sie verlangt - ausgehend von einem während des Betriebs des Restaurants erzielten durchschnittlichen Umsatz von 84.423,21 € pro Monat - Zahlung von monatlich 8.442,32 € für die Zeit von Mai 2001 bis März 2003 (23 Monate), insgesamt 194.173,36 € nebst Zinsen, und für die Zeit danach weitere 195 Raten à 8.442,32 €, zahlbar monatlich erstmals am 15. Mai 2003 und letztmals am 15. Juli 2019.

6 Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Berungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

7 Das Berungsgericht hat zur Begründung ausgeführt:

8 Anspruchsgrundlage für das Klagebegehren könne nur die Haftungsklausel nach Ziffer 16 des Franchisevertrages sein. Diese sei unwirksam, weil sie den Maßstäben des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) nicht Stand halte. Allerdings ergebe sich die Unwirksamkeit nicht schon aus § 3 AGBG. Es gehe nicht um eine überraschende Erweiterung einer bestehenden Verpflichtung, sondern um die Begründung einer Verpflichtung der Beklagten überhaupt, die schon deshalb nahe liege, weil sie den Franchisevertrag unterschrieben hätten. Die Klausel sei zudem an Hand des Inhaltsverzeichnisses des Franchisevertrages leicht aufzufinden gewesen. Sie verstöße auch nicht gegen das Transparenzgebot (jetzt § 307

Abs. 1 Satz 2 BGB). Der Umfang der Haftung der Beklagten werde mit der Einbeziehung aller Forderungen gegen die Franchisenehmerin unmissverständlich festgelegt. Die Hauptforderung der Klägerin gegen die Franchisenehmerin sei ebenfalls klar umrissen; es müssten 10 % vom Umsatz 20 Jahre lang gezahlt werden.

9

Die Beklagten würden jedoch durch die Haftungsklausel unangemessen benachteiligt (§ 9 Abs. 1 AGBG). Gemäß § 5 AGBG sei davon auszugehen, wie die Klausel im für den Verwender günstigsten Fall zu verstehen sei. Nach dem Wortlaut der Klausel müssten die Beklagten für die Forderung der Klägerin gegen die Franchisenehmerin garantiert einstehen. Der Garant müsse die fremde Schuld begleichen, wenn der Fall eingetreten sei, den Garantienehmer und Garantiegeber als Fälligkeitsumstand vereinbart hätten. Der Forderungsgarant könne sich nicht auf Einreden und Einwendungen des Hauptschuldners berufen, wenn nicht selbständig zwischen den Parteien des Garantievertrages vereinbart worden sei, dass solche Gegenrechte des Hauptschuldners auch dem Eintritt des Garantiefalles entgegen stehen sollten. Davon sei in der Haftungsklausel keine Rede. Um eine bloße Mithaftung der Beklagten im Sinne eines Schuldbeitritts zu begründen, hätte es des Begriffs "garantiert" nicht bedurft. Als Garantiefall sei die nicht rechtzeitige oder nicht vollständige - nicht erst die nicht ordnungsgemäße - Erfüllung durch die Franchisenehmerin bestimmt. Da die Lizenzforderungen der Klägerin mit Abschluss des Franchisevertrages entstanden seien, reiche es für die Garantiehaftung der Beklagten damit aus, dass die Franchisenehmerin bei Fälligkeit der jeweiligen Lizenzrate noch nicht oder nur teilweise gezahlt habe. Die Klägerin könne sich, ohne Gegenrechte befürchten zu müssen, an die Beklagten halten, sobald die jeweilige Lizenzgebühr dem Datum nach fällig sei; sie werde der Notwendigkeit enthoben, sich mit dem Franchisenehmer wegen der Lizenzzahlung und eventueller Gegenrechte auseinander setzen zu müssen.

10

Dies stelle eine übermäßige Sicherung der Klägerin dar, die mit dem gesetzlichen Leitbild einer Mithaftung nach § 9 AGBG nicht zu vereinbaren sei. Der Bundesgerichtshof habe im Rahmen von Bürgschaftsverträgen entschieden, dass es mit dem Leitbild der Haftung für fremde Schuld grundsätzlich nicht vereinbar sei, einen Haftungsbeitritt auf alle bestehenden und künftigen Forderungen aus der Geschäftsverbindung des Hauptschuldners zu erstrecken. Dem liege das Verbot der Fremddisposition zugrunde. Der Bundesgerichtshof habe zwar eine Ausnahme für die Geschäftsführer und die Gesellschafter gemacht, die für die Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft einstehen sollten. Bei dieser Personengruppe könne wegen ihrer Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft nicht von einem Verstoß gegen das Fremddispositionsvorbot ausgegangen werden. Solche Einflussmöglichkeiten der Beklagten als Gesellschafter bzw. Geschäftsführer seien im vorliegenden Fall jedoch ohne Wert. Denn um der eigenen Haftung zu entgehen, müssten sie auf die Franchisenehmerin als Hauptschuldnerin dahin gehend einwirken, dass diese stets pünktlich und vollständig die Lizenzgebühren zahle, auch wenn der Franchisenehmerin Gegenrechte zur Verfügung stünden; sie müssten diese also zu einem gegen deren eigene Interessen gerichteten Zahlungsverhalten veranlassen.

11

Deshalb liege auch hier eine Art von Fremddisposition vor. Haftungsmäßig träten die Beklagten der Klägerin als die eigentlichen Schuldner gegenüber. Sie hafteten schärfer als die Hauptschuldnerin selbst, ohne dass ihnen ihrerseits gegenüber der Klägerin vertragliche Leistungsansprüche zuständen. Auch bei einer vorzeitigen Beendigung des Franchisevertrages komme die Zahlungsgarantie der Beklagten erst dann nicht mehr zum Zuge, wenn die Klägerin vollständig befriedigt sei. Denn die Haftungsklausel umfasse auch Zahlungsverpflichtungen der Franchisenehmerin bei vorzeitiger Beendigung des Franchisevertrages, also auch Schadensersatzansprüche wegen entgangenen Gewinns der Klägerin, wie sie hier geltend gemacht würden. Damit liege eine übermäßi-

ge Sicherung der Klägerin vor, die mit dem Leitbild einer bloßen Mithaftung, die dem Beitreten keine eigene Vertragspartnerstellung einräume, nicht vereinbar sei. Das Sicherungsinteresse der Klägerin rechtfertige es nicht, dass die Haftung der Gesellschafter noch über die der Franchisenehmerin hinausgehe.

- 12 Die durch die Unwirksamkeit der Haftungsklausel entstehende Vertragslücke könne nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu Gunsten der Klägerin geschlossen werden. Selbst wenn man annehme, dass die Parteien des Franchisevertrages eine Mithaftung der Gesellschafter gewollt hätten, komme aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung allenfalls eine Haftung für die laufenden Lizenzgebühren, nicht aber für die hier geltend gemachten Schadensersatzforderungen für die Zeit nach Schließung des Restaurants in Betracht. Andernfalls würde das unternehmerische Risiko verlagert, das die Klägerin nach dem Franchisevertrag eben nur mit der Franchisenehmerin habe teilen wollen, und gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion von AGB-Klauseln verstößen.

## II.

- 13 Diese Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

- 14 1. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist Ziff. 16 (1) des Franchisevertrages nicht bereits nach §11 Nr. 14 a AGBG unwirksam. Zwar handelt es sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bei der Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Klägerin im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung, die hier nach Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB noch anwendbar ist. Die Klausel fällt jedoch

nicht in den Anwendungsbereich von § 11 Nr. 14 a AGBG (jetzt § 309 Nr. 11 a BGB).

15        § 11 Nr. 14 a AGBG setzt eine Bestimmung voraus, durch die der Verwender einem Vertreter, der den Vertrag für den anderen Vertragsteil abschließt, eine eigene Haftung oder Einstandspflicht auferlegt. Diese Voraussetzung ist für die Beklagten zu 2 und 3 von vornherein nicht erfüllt, weil sie bei Abschluss des Franchisevertrages nicht als Vertreter der S              GmbH tätig geworden sind. Sie sind als Gesellschafter weder von Gesetzes wegen zur Vertretung der GmbH befugt (Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl., § 45 Rdnr. 2; Karsten Schmidt in Scholz, GmbHG, 9. Aufl., § 45 Rdnr. 6), noch bestehen Anhaltspunkte dafür, dass sie - neben der Beklagten zu 1 - im Namen der GmbH gehandelt haben. Sie haben den Vertrag vielmehr ausschließlich als Gesellschafter im eigenen Namen unterzeichnet.

16        Aber auch die Beklagte zu 1 hat eine eigene Haftung bzw. Einstandspflicht nicht in ihrer Eigenschaft als Vertreterin der S              GmbH übernommen. Sie ist zwar als alleinige Geschäftsführerin der GmbH deren zuständiges Vertretungsorgan (§ 35 Abs. 1 GmbHG) und hat dementsprechend den Vertrag für die Franchisenehmerin unterschrieben. Gleichzeitig ist sie aber als Gesellschafterin aufgetreten und hat als solche eine gesonderte Einstandserklärung abgegeben. Denn sie hat eine Unterschrift über der vorgedruckten Unterschriftenzeile "Franchisenehmer" unter Hinzufügung des Stempels S. GmbH und eine weitere Unterschrift - ebenso wie die Beklagten zu 2 und 3 - über der vorgedruckten Unterschriftenzeile "Gesellschafter des Franchisenehmers" geleistet.

17        Die Haftungserklärung der Beklagten zu 1 als Gesellschafterin wird von § 11 Nr. 14 a AGBG nicht erfasst. Das legt schon der Wortlaut der Vorschrift

nahe. Das Gesetz beschränkt seinen Schutz auf denjenigen, der nur als Vertreter auftritt, bezieht also nicht denjenigen mit ein, der seinerseits selbst als Vertragspartner im eigenen Namen, wenn auch neben dem Vertretenen, mit dem Verwender abschließt (BGHZ 104, 95, 100). Der Schutzbereich von § 11 Nr. 14 a AGBG ist auch dann nicht betroffen, wenn der Vertreter in seiner Eigenschaft als Gesellschafter der vertretenen GmbH zusätzlicher, selbständiger Vertragspartner des Verwenders wird und als solcher (nur) eine Haftung für deren durch den Vertrag begründeten Verbindlichkeiten übernimmt. Er ist in diesem Fall nicht - wie § 11 Nr. 14 a AGBG verlangt - lediglich als Vertreter neben dem eigentlichen Vertragspartner mit verpflichtet, sondern setzt einen eigenen Schuldgrund als Gesellschafter. Bei der Regelung des § 11 Nr. 14 a AGBG handelt es sich um eine besondere Ausprägung des Verbots überraschender Klauseln (Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl., § 11 Nr. 14 Rdnr. 1; Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl., § 11 Nr. 14 Rdnr. 1). Es ist Sinn und Zweck der Vorschrift, den Vertreter davor zu schützen, dass er durch eine Mithafterklärung "gewissermaßen übertölpelt" wird (BGHZ 104, 95, 100). Dieses Überraschungsmoment für den Vertreter entfällt, wenn er ausdrücklich als Gesellschafter zugleich eine gesonderte Haftungserklärung abgibt.

18

2. Das Berufungsgericht hat Ziff. 16 (1) des Franchisevertrages auch zu Recht nicht als überraschende Klausel im Sinne von § 3 AGBG angesehen. Der Umstand, dass der Franchisevertrag nicht nur von der Beklagten zu 1 als Geschäftsführerin der S. GmbH, sondern zusätzlich von allen drei Beklagten als Gesellschaftern unterzeichnet werden sollte, musste eine besondere Aufmerksamkeit aller Beklagten für die Frage wecken, warum eine Unterschrift der Gesellschafter gefordert war. Da die Gesellschafter als solche nicht zur Vertretung der GmbH berufen sind, lag es nahe, dass der Vertrag eine eigene Verpflichtung der Gesellschafter enthielt, auch wenn diese auf dem Deckblatt nicht als Vertragspartner aufgeführt sind. Die Gesellschafter konnten nicht davon

ausgehen, dass durch die zusätzliche Unterschriftenleistung lediglich sichergestellt werden sollte, dass sie das Geschäft intern "mit trugen", wie die Revisionserwiderung meint. Das gilt um so mehr, als bereits die mit den Gesellschaftern als Vertragspartnern abgeschlossene Reservierungsvereinbarung vom Dezember 1998 unter Nr. 11.2 deren Verpflichtung begründete, auf Verlangen eine Garantie in Bezug auf die franchisevertraglichen Verpflichtungen der S.

GmbH abzugeben. In dem Franchisevertrag war die Garantieübernahme zudem, wenn auch im laufenden Vertragstext, so doch in einem eigenen Abschnitt "16. Verpflichtungen der Gesellschafter" geregelt, der anhand des Inhaltsverzeichnisses unschwer aufzufinden war.

19           3. Ziff. 16 (1) des Franchisevertrages benachteiligt die Gesellschafter der Franchisenehmer der Klägerin entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts jedoch schon deshalb unangemessen, weil die Bestimmung gegen das Transparenzgebot (jetzt § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) verstößt. Sie ist daher unwirksam (§ 9 Abs. 1 AGBG).

20           a) Dabei kann offen bleiben, ob die Klausel - wie die Revision meint - einer uneingeschränkten Inhaltskontrolle nach den §§ 9 - 11 AGBG durch § 8 AGBG entzogen ist, weil sie ein reines Hauptleistungsversprechen der Garantiegeber darstellt, ob sie - wie das Berufungsgericht stillschweigend annimmt - als Nebenabrede zum Franchisevertrag in vollem Umfang der Inhaltskontrolle unterliegt oder ob sie sich sachlich in eine kontrollfreie Hauptleistungsbestimmung und kontrollfähige Nebenbestimmungen teilen lässt (vgl. BGHZ 130, 19, 31 ff. zur gegenständlichen Teilbarkeit der formularmäßigen Ausdehnung der Bürgenhaftung auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners). § 8 AGBG steht einer Überprüfung der Regelung am Maßstab des sich aus § 9 AGBG ergebenden Transparenzgeboes auch dann nicht

entgegen, wenn es sich um eine reine Hauptleistungsbestimmung handeln sollte.

21 Seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1. Januar 2002 ist durch § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB ausdrücklich normiert, dass auch die Hauptleistung beschreibende Klauseln wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sein können. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass mit dieser Neuregelung der Zweck des § 8 AGBG, der der Inhaltskontrolle, nicht aber der Transparenzkontrolle in bestimmten Fällen habe Grenzen setzen wollen, lediglich verdeutlicht und klargestellt worden ist (Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 154, in Verbindung mit der Beschlussempfehlung und dem Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/7052, S. 188). Dementsprechend hatte er schon bei der Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherträgen (Amtsbl. Nr. L 095 vom 21. April 1993, S. 29) durch das Gesetz zur Änderung des AGB vom 19. Juli 1996 (BGBl I 1996, S. 1013) keinen Regelungsbedarf im Hinblick auf § 8 AGBG gesehen (Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/2713, S. 6). Nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie betrifft die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Klauseln den Hauptgegenstand des Vertrages und die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, nur dann nicht, sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefasst sind.

22 In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist diese Einschränkung von § 8 AGBG, die auch im Schrifttum für richtig gehalten wird (Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, aaO, § 8 AGBG Rdnrs. 8a, 4b; Staudinger/Coester, BGB (1998), § 8 Rdnrs. 15 ff., § 9 Rdnr. 145 f.; vgl. auch OLG Hamm, NJW-RR

2000, 763), zwar bisher nicht ausdrücklich ausgesprochen. In der Sache hat der Senat jedoch im Rahmen der Überprüfung einer Herstellergarantie bereits entschieden, dass eine solche Garantie, in deren Ausgestaltung der Hersteller grundsätzlich frei ist und die hinsichtlich der Beschreibung der Garantiehauptleistung der Inhaltskontrolle durch §8 AGBG entzogen ist, nach §9 Abs. 1 AGBG unwirksam sein kann, wenn sie geeignet ist, den Käufer bezüglich seiner Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Verkäufer in die Irre zu führen, und deshalb gegen das Transparenzgebot verstößt (BGHZ 104, 82, 89 ff., 92 ff.).

- 23            b) Treu und Glauben verpflichten die Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen, damit diese sich bei Vertragsschluss hinreichend über die rechtliche Tragweite der Vertragsbedingungen klar werden können. Das Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot ein. Dieses verlangt, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschrieben werden, dass einerseits für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Andererseits soll der Vertragspartner ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach seine Rechte feststellen können, damit er nicht von deren Durchsetzung abgehalten wird. Eine Klausel genügt dem Bestimmtheitsgebot nur dann, wenn sie im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Klauselverwenders so klar und präzise wie möglich umschreibt (Senatsurteile vom 3. März 2004 - VIII ZR 151/03, WuM 2004, 288 unter II 2 a bb; vom 5. November 2003 - VIII ZR 10/03, NJW 2004, 1598 unter II 2 b aa).

- 24            Abzustellen ist bei der Bewertung der Transparenz auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Die hier zu beurteilende Klausel richtet sich an die Gesellschafter eines Franchisenehmers, der in der

Rechtsform einer GmbH auftritt. Der Gesellschafter einer GmbH ist als solcher weder Kaufmann (BGH, Urteil vom 30. Januar 1997 - IX ZR 133/96, NJW-RR 1997, 684 unter B III 1 a; Urteil vom 17. Januar 1991 - IX ZR 170/90, WM 1991, 536 = NJW-RR 1991, 757 unter 1; Urteil vom 12. Mai 1986 - II ZR 225/85, WM 1986, 939 = NJW-RR 1987, 42 unter 2 a) noch Unternehmer (BGHZ 133, 71, 78; BGH, Urteil vom 8. November 2005 - XI ZR 34/05, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, unter II 2 a aa). Dennoch ist die Interessenlage bei Gesellschaftern, die eine Garantie für Gesellschaftsschulden übernehmen, anders als bei sonstigen Privatpersonen, die als Garantiegeber auftreten. Für den Gesellschafter stehen typischerweise nicht einzelne Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sondern die Sicherung des Gesamtengagements gegenüber dem Gläubiger, hier der Franchisegeberin, im Vordergrund. Sein Transparenzbedarf ist im Regelfall nicht so hoch wie derjenige anderer Sicherungsgeber (BGHZ 143, 95, 100 f., für die Bürgschaft). Er kennt jedenfalls die bestehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten, für die er einstehen soll, oder kann sich Kenntnis davon verschaffen (§ 51a GmbHG).

25

c) Auch unter Berücksichtigung dieses besonderen Erkenntnis- und Verständnishorizonts der Beklagten als Gesellschafter wird jedoch, wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend macht, Ziff. 16 (1) des Franchisevertrages den oben dargestellten Anforderungen des Transparenzgebotes nicht gerecht. Die Klausel lässt zwar keinen Zweifel daran, dass die Gesellschafter für sämtliche Zahlungsverpflichtungen der Franchisenehmerin gegenüber der Klägerin aus dem Franchisevertrag, auch für solche aus dessen Beendigung, einzustehen haben. Sie beschreibt jedoch Art und Umfang der für diese Verpflichtungen übernommenen Haftung nicht hinreichend klar und präzise.

26

aa) Das Berufungsgericht hat die Klausel zutreffend als Garantieübernahme ausgelegt. Der Senat kann die Auslegung durch das Berufungsgericht in

vollem Umfang nachprüfen, weil davon auszugehen ist, dass die bundesweit tätige Klägerin das Vertragsformular über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus verwendet (Senatsurteil vom 9. März 2005 - VIII ZR 17/04, NJW 2005, 1426, unter II 1 a m.w.Nachw.). Die Haftung, die den Beklagten auferlegt ist, ist sowohl im Franchisevertrag als auch in der vorangegangenen Reservierungsvereinbarung als Garantie bezeichnet. Durch Ziff. 11.2 der Reservierungsvereinbarung hatten sich die Gesellschafter verpflichtet, auf Verlangen eine "Garantie" in Bezug auf die franchisevertraglichen Verpflichtungen der S. GmbH abzugeben. Mit der Erklärung nach Ziff. 16 (1) des Franchisevertrages haben die Gesellschafter diese Verbindlichkeit erfüllt, indem sie es übernommen haben, für die vollständige und rechtzeitige Erfüllung der Verpflichtungen der Franchisenehmerin "garantiemäßig" einzustehen. Sowohl der Wortlaut der Reservierungsvereinbarung als auch derjenige des Franchisevertrages sind von der Klägerin vorgegeben. Der durchschnittliche Vertragspartner der Klägerin wird davon ausgehen, dass die Vertragstexte von rechtlich versierten Personen entworfen und geprüft worden und die Formulierungen mit Bedacht gewählt sind. Dem einheitlich auf eine Garantie hindeutenden Wortlaut kommt deshalb eine nicht unerhebliche Bedeutung zu. Bei dieser Sachlage bedürfte es gewichtiger Umstände, um ein vom Wortlaut abweichendes Verständnis der Erklärung, etwa als Bürgschaft oder als Schuldbeitritt, zu rechtfertigen (vgl. BGH, Urteil vom 5. März 1975 - VIII ZR 202/73, WM 1975, 348 unter I 1). Solche sind hier nicht erkennbar. Auch die Revision stellt die Auslegung der Haftungserklärung der Beklagten als Garantieversprechen nicht in Frage.

bb) Bei der Festlegung von Art und Umfang des gesetzlich nicht geregelten Garantieversprechens (§ 305 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung, jetzt § 311 Abs. 1 BGB) ist der Vertragspartner des Klauselverwenders in besonderem Maße darauf angewiesen, dass ihm der Vertrag ein vollständiges und wahres Bild des Inhalts seiner Verpflichtung vermittelt und ihn

so zu einer sachgerechten Wahrnehmung seiner Verhandlungs- und Entscheidungsmöglichkeiten befähigt. Daran fehlt es hier.

28 Die Garantie ist grundsätzlich vom Bestand einer durch sie gesicherten Verbindlichkeit unabhängig. Das unterscheidet sie von der Bürgschaft und auch von der Schuldmitübernahme, die an eine Hauptschuld gebunden sind (BGHZ 74, 244, 246; BGH, Urteil vom 23. Januar 1997 - IX ZR 297/95, NJW 1997, 1435 unter A I; Urteil vom 7. November 1995 - XI ZR 235/94, NJW 1996, 249 unter 2 b bb; Urteil vom 8. März 1967 - VIII ZR 285/64, NJW 1967, 1020 unter 2 a). Maßgeblich für das Rechtsverhältnis zwischen Garantiegeber und Begünstigtem ist allein der zwischen ihnen bestehende Garantievertrag. Das der Stellung der Garantie zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen dem Begünstigten und dem Garantieauftraggeber hat für die Rechtsbeziehungen des Begünstigten zum Garantiegeber nur dann Bedeutung, wenn sich dies aus dem Inhalt des Garantievertrages ergibt (BGHZ 140, 49, 51).

29 Je nach vertraglicher Definition des Garantiefalls kann in dem Garantievertrag eine gewisse Abhängigkeit des Garantieanspruchs von der gesicherten Forderung bestimmt sein (MünchKomm-Habersack, BGB, 4. Aufl., vor § 765 Rdnr. 22). Das kann zur Folge haben, dass der Garantiegeber einen Anspruch auf Rückzahlung der Garantieleistung hat, wenn die garantierte Forderung nachträglich vom Hauptschuldner doch noch befriedigt wird (BGH, Urteil vom 16. Dezember 1960 - II ZR 137/59, WM 1961, 204 unter II), oder dass sich die Garantieverpflichtung in dem Maße ermäßigt, in dem die gesicherte Forderung durch Verrechnungen herabgesetzt wird (BGH, Urteil vom 23. Februar 1984 - III ZR 220/82, WM 1984, 633 unter 2 b). Aus dem Garantievertrag kann sich aber auch ergeben, dass der Gläubiger die Leistung auf jeden Fall erhalten soll, selbst dann, wenn ihr Rechtsgrund nicht zur Entstehung gekommen oder später

weggefallen ist (BGH, Urteil vom 28. Oktober 1954 - IV ZR 122/54, WM 1955, 265 unter 2). Maßgeblich sind insoweit die Vereinbarungen im Garantievertrag.

30 Diese lassen die Gesellschafter hier im Unklaren über den Umfang ihrer Verpflichtung. Zwar nimmt Ziff. 16 (1) des Franchisevertrages Bezug auf "Zahlungsverpflichtungen" der Franchisenehmerin. Die Revision möchte daraus herleiten, dass ein Garantieanspruch der Klägerin gegenüber den Beklagten nur für solche Forderungen bestehen soll, die gegenüber der Franchisenehmerin tatsächlich entstanden und nicht wieder weggefallen sind. Nur insoweit besteht auch ein für die Gesellschafter erkennbares und berechtigtes Interesse der Klägerin an einer Sicherung. Bei diesem Verständnis der Klausel bleibt jedoch offen, was mit der "garantiemäßigen" Einstandspflicht gemeint ist, insbesondere, inwieweit diese über die Haftung eines selbstschuldnerischen Bürgen hinausgehen soll. Der Garantiefall ist mit der nicht vollständigen oder nicht rechtzeitigen Erfüllung der Zahlungsverpflichtungen durch die S. GmbH umschrieben. Dieser Wortlaut der Bestimmung legt angesichts der nach dem Vertrag von der S. GmbH monatlich zu leistenden Gebühren und Werbekostenbeiträge die Vorstellung nahe, dass die Beklagten immer schon dann eintreten sollen, wenn die Zahlungen der Franchisenehmerin am jeweiligen Stichtag tatsächlich ausbleiben oder geringer ausfallen als im Vertrag vereinbart, unabhängig davon, ob ihr Einwendungen oder Einreden gegenüber den Ansprüchen der Klägerin zustehen, also unabhängig vom Bestand dieser Ansprüche. Da es sich auch bei einer solchen Vereinbarung um einen denkbaren und typischen Inhalt einer Garantie handelt, eröffnet die Klausel insgesamt der Klägerin jedenfalls die Möglichkeit, von den Gesellschaftern Leistungen aus der Garantie auch für solche Forderungen gegenüber der Franchisenehmerin zu verlangen, die nicht wirksam zustande gekommen oder wieder entfallen sind. Gleichzeitig besteht für die Gesellschafter die Gefahr, dass sie von der Geltenmachung von Gegenrechten, die ihnen gegenüber dem Anspruch der Klä-

gerin aus der Garantie zustehen, abgehalten werden, weil sie nicht erkennen, wie weit ihre Einstandspflicht aus der Übernahme der garantiemäßigen Haftung reicht.

31 Dem steht nicht entgegen, dass eine Garantie grundsätzlich der Schadloshaltung des Gläubigers dient und auf den Umfang der Verpflichtung daher die Grundsätze des Schadensersatzrechts anzuwenden sind (BGH, Urteil vom 16. Dezember 1960, aaO, unter III). Anders als die Revision meint, fehlt es nicht zwingend an einem durch die Garantieleistung auszugleichenden Schaden, wenn die Forderung, für die sie bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt oder untergegangen ist. Denn die Garantieabrede kann bestimmen, dass der Gläubiger (auch) für diesen Fall schadlos gehalten werden soll. Hier lässt die Garantieabrede jedoch, wie ausgeführt, nicht hinreichend klar und präzise erkennen, für welche Nachteile, die der Klägerin im Zusammenhang mit Zahlungsverpflichtungen der GmbH aus der Durchführung oder der Beendigung des Franchisevertrages möglicherweise entstehen, die Gesellschafter einstehen sollen.

32 4. Der sich daraus ergebende Verstoß gegen das Transparenzgebot hat zur Folge, dass Ziff. 16 (1) des Franchisevertrages insgesamt unwirksam ist. Entgegen der Auffassung der Revision ist die Klausel nicht inhaltlich teilbar in dem Sinne, dass nur das Wort "garantiemäßig" gestrichen werden und eine "nicht garantiemäßige" Mithaftung der Beklagten bestehen bleiben könnte. Eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die gegen § 9 AGBG verstößt, darf nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht im Wege der Geltungserhaltenden Reduktion auf den gerade noch zulässigen Inhalt zurückgeführt und damit aufrechterhalten werden. Die Aufrechterhaltung eines Teils einer Formularklausel kann nur erfolgen, wenn sie sich nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen lässt (Senatsurteil vom

25. März 1998 -VIII ZR 244/97, NJW 1998, 2284 unter II 1 a cc mw.Nachw.). Das ist hier nicht der Fall. Die in Ziff. 16 (1) des Franchisevertrages bestimmte "garantiemäßige" Einstandspflicht der Beklagten kann nicht inhaltlich von einer daneben oder subsidiär vereinbarten andersartigen Mithaftung der Beklagten gelöst werden; die Klausel beinhaltet nicht sowohl ein Garantieversprechen der Beklagten als auch eine sonstige Haftungsübernahme. Sie ist vielmehr einheitlich als Garantieversprechen ausgestaltet, das nur insgesamt wirksam oder unwirksam sein kann.

33 5. Dispositives Gesetzesrecht, das an die Stelle der nach §9 Abs. 1 AGBG unwirksamen Garantieklausel treten könnte, ist nicht vorhanden. Das Garantieversprechen ist gesetzlich nicht geregelt. Das Bürgschaftsrecht bildet, anders als die Revision meint, nicht ein allgemein gültiges gesetzliches Leitbild der Haftung für fremde Schuld. Eine solche kommt in vielfältigen Formen - durch Bürgschaft, Garantie, Schuldmitübernahme oder auch eine dingliche Mithaft - in Betracht.

34 Auch eine ergänzende Auslegung des Vertrages, die eine Einstandspflicht der Beklagten für die hier streitigen Verbindlichkeiten der Franchisenehmerin begründen könnte, hat das Berufungsgericht deshalb im Ergebnis zu Recht abgelehnt.

35 a) Allerdings ist grundsätzlich eine Lückenfüllung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB vorzunehmen, wenn eine durch Unwirksamkeit einer Klausel nach § 9 Abs. 1 AGBG entstandene Lücke nicht durch andere dispositive Vorschriften geschlossen werden kann und die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel unbillig wäre, weil sie die Ausgewogenheit der beiderseitigen vertraglichen Leistungen verändern und zu einer mit der Zielsetzung des AGB-Gesetzes nicht zu vereinbarenden Benachtei-

ligung des Klauselverwenders führen würde. An die Stelle der Bestimmung tritt dann eine Gestaltung, die die Parteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen gewählt hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Geschäftsbedingung bekannt gewesen wäre (BGHZ 90, 69, 73 ff.; 104, 82, 91; 117, 92, 98 f.; 120, 108, 122; 151, 229, 234).

36 Das gilt auch bei einer formularmäßig unwirksamen Bestimmung der Mithaft eines Dritten. Die ergänzende Vertragsauslegung entspricht in diesem Fall Sinn und Zweck der Regelung des § 6 Abs. 1 AGBG. Der Vertrag soll trotz unwirksamer Klauseln grundsätzlich erhalten bleiben. Entfiele er schon durch eine einzelne unwirksame Bestimmung vollständig, stände dies im Widerspruch zu dem, was durch die Norm sichergestellt werden soll, und würde damit über das Regelungsziel von § 9 Abs. 1 AGBG hinausschießen. Die Anwendung der Regeln der §§ 6, 9 AGBG hängt nicht davon ab, ob der jeweilige Vertrag gegenseitige oder einseitige Verpflichtungen begründet. Zudem ist ein schutzwürdiges Interesse der Gesellschafter, wegen einer intransparenten Garantieerklärung von jedweder Haftung freizuwerden, nicht anzuerkennen (vgl. BGHZ 137, 153, 157 f., für den Fall einer formularmäßig unwirksamen Bestimmung der Bürgerhaftung).

37 b) Die ergänzende Vertragsauslegung setzt jedoch voraus, dass sich Anhaltspunkte dafür finden lassen, welche Regelung die Parteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit der beanstandeten Klausel vereinbart hätten. Kommen dagegen unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht, ohne dass erkennbar ist, welche die Parteien gewählt hätten, sind die Gerichte zu einer ergänzenden Vertragsauslegung weder in der Lage noch befugt (BGH, Senatsurteil vom 20. Juli 2005 - VIII ZR 397/03, WM 2005, 1963 = ZIP 2005, 1824, unter II 3 b; Urteil vom 26. April 2005 - XI ZR 289/04, WM 2005, 1168 = NJW-RR 2005, 1408, unter II 1 b cc (2) (b); Urteil vom 9. Dezember 2004

- VII ZR 265/03, WM 2005, 268 = NJW-RR 2005, 458, unter II 2 e cc; BGHZ 147, 99, 106). So liegt der Fall hier. Es ist zwar nicht zu erkennen, dass die Parteien der Klägerin eine Sicherung für sämtliche Forderungen gegenüber der Franchisenehmerin verschaffen wollten, indem den Beklagten eine Mithaftung dafür auferlegt werden sollte. Jedoch lässt sich wegen der oben (unter 3 c bb) aufgezeigten Unklarheiten der Klausel nicht feststellen, welche Form der Mithaftung sie gewählt hätten und wie sie diese konkret ausgestaltet hätten, wenn sie die Unwirksamkeit von Ziff. 16 (1) des Franchisevertrages gekannt hätten.

Dr. Deppert

Dr. Leimert

Wiechers

Dr. Frellesen

Hermanns

Vorinstanzen:

LG Detmold, Entscheidung vom 24.06.2004 - 9 O 182/03 -  
OLG Hamm, Entscheidung vom 30.11.2004 - 4 U 111/04 -